المسالك في شرح مُوَطَّأ مالك

للقاضي أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربيّ المعافريّ

(المتوفَّى سنة : 543 هـ)

قرأه وعلّق عليه

محمد بن الحسين السُّليماني　　عائشة بنت الحسين السُّليماني

قدَّم له

الشيخ الإمام يوسف القَرَضَاوي

رئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

المجلد السادس



دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى

1428 هـ - 2007 م

دار الغرب الإسلامي

ص: ب. 5787 - 113 بيروت

المسالِك في شرح مُوَطَّأ مالِك

للقاضي أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري
(المتوفَّى سنة : 543 هـ)

المجلد السادس



كتاب البيوع[١]

ولا بدّ فيه من مقدّماتٍ وقواعدَ وتمهيداتٍ تُفسّر لَكَ ما أشكلَ منه، وتوضّحُ لك ما خَفِيَ منه، وإقامة الأدلّة من الكتاب والسُّنّةِ. قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1] وهذه الآيةُ الأصلُ في جَوَازِ البيوعِ كلِّها، واختلفَ العلماءُ فيها، هل هي مُجْمَلَةٌ أو عامّةٌ؟ والصَّحيحُ عندنا أنّها عامّةٌ في كلِّ بيْعٍ.

فإن قيل: فإذا كانتِ الآيةُ عامّةً، فَلأَيِّ شيءٍ لم تجز بعضُ البيوع؟

قلنا: ما نقصَ البيوعَ لم يجُز؛ لأنّها خرجَت بدليلٍ، وهو قولُه عليه السّلام، وما دَاخَلَهُ فسادٌ لم يجز؛ لأنّ حدَّ العامِّ: ما اشتمل اثنانِ فصاعدًا.

وقولُه: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[2] قالت ثَقِيف: كيف نتبرّأ عن الرِّبا وهو مثل البَيْع؟ فنزلت فيهم الآية[3].

قال علماؤنا: الرِّبَا كناية عن استجابةٍ في البَيْعِ وقَبْضِهِ باليَدِ[٢]؛ لأنّ ذلك إنّما يفعَلُه المُرْبي قَصْدًا لما يأكلُه[4].

والرِّبا في اللّغة: الزِّيادة، وكان الرِّبَا عندهم معروفًا، يُبَايعُ الرّجلُ الرّجلَ إلى أَجَلٍ، فإذا جاء الأَجَلُ، قال[٣]: تعطني أم تربي على ما عليه؟ أو تضرب أجلاً آخر[٤]؟ فحرَّمَ اللّهُ الرِّبا، وسيأتي بيانُه في موضعه إن شاء الله.

---

(١) من هنا يبدأ السّقط في نسخة ج.

(٢) ف: «في اليد» والمثبت من الأحكام.

(٣) «قال» استدركناها من الأحكام.

(٤) الأحكام: «قال أتقضي أم تربي؟ يعني أم تزيدني على مالي عليك وأصبر أجلاً آخر» وهو الصّواب.

....

(1) البقرة: 275.

(2) البقرة: 275، وانظر شرحه للآية في أحكام القرآن: 1/ 240.

(3) أخرجه مطوّلاً أبو يعلى في مُسْنَدِه (2668) والواحدي في أسباب النزول: 125 من طريق أبي يعلى، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد: 4/ 119 وقال: «رواه أبو يعلى وفيه محمد بن السائب الكلبي، وهو كذّاب».

(4) «فعبّرَ بالأكل عنه، وهو مجازٌ من باب التّعبير عن الشّيءِ بفائدته وثمرته، وهو أحد قسمي المجاز» قاله ابن العربي في أحكام القرآن: 1/ 240.

المقدّمة الأولى[1]
في حقيقة العَقْد

قال القاضي الزَّنْجَانِيُ بِبَيْتِ المقْدِس: البيْعُ والنِّكاحُ عَقْدَانِ يتعلَّقُ بهما قِوَامُ الإنسانِ، وذلك أنّ اللهَ عزّ وجلّ خَلَقَ الآدميَّ محتاجًا إلى الغذاءِ، مُشْتَهِيًا للنِّساءِ، وخَلَقَ له ما في الأرضِ جميعًا، كما أخبر في صادق كتابه، ولم يترُكْهُ سُدىً يتصرَّفُ في اقتضاءِ شَهَواتِه ويستمتعُ بنفسه باختياره كما فعَلَ بالبهائم؛ لأنّه فَضّله عليها بالعقل الّذي جعَلَه لأجله خليفةً في الأرض، وبتعارُض الشّهواتِ والعقل تَعَيَّنَ أنْ يكون هنالك قانونٌ ينفصِلُ به وَجْهُ المنازعةِ بين الأمرين، فتسترْسِلُ الشّهوةُ بحُكْم الجِبِلّةِ، وتقيِّدُها العلائقُ بحُكْم الشّريعة، وجعلَ لكلّ واحدٍ من المكلَّفين اختصاصًا يقالُ(١) له: المِلْكُ، بما يتهيَّأُ به(٢) النّفعُ، وجعلَ له سببينِ(٣):

أحدُهما: يُثْبِتُهُ(٤) ابتداءً، وهو الاصطيادُ، والاحتشاشُ، والاحتِطابُ، والاقتِطاعُ، على اختلافٍ وتفصيلٍ.

والثّاني: ينقُلُه من يَدٍ إلى يَدٍ، وهو على وجهين:

أحدُهما: بغير عِوَضٍ، وهو الهِبَةُ.

والثّاني: بِعِوَضٍ(٥)، وهو البَيْعُ وما في معناه، وهذا بَابُهُ، وله شروطٌ كثيرةٌ، ومُفْسِداتُهُ أكثرُ، لِمَا قضَى اللهُ أن يكونَ الفسادُ أكثرَ مِنَ الصَّلاحِ، والشّرُّ أضعافُ(٦) من الخَيْرِ، ولذلك تمتلىءُ النّارُ بأهلِهَا وتبقَى الجنّةُ خاليةً حتّى يُنْشِيءَ اللهُ لها خَلْقًا آخرَ.

---

(١) «يقال» ساقطة من الأصل، واستدركناها من القبس.
(٢) في الأصل: «بما فيها له» والمثبت من القبس.
(٣) في القبس: «شيئين».
(٤) في الأصل: «يشبه» والمثبت من القبس.
(٥) ف: «عوض» والمثبت من القبس.
(٦) ف: «أضعف من» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 775.

المقدّمة[١] الثّانية
في حَصْرِ شُرُوطِهِ

وهي ثلاثةٌ:

أحدُها: أهليةُ المُتعاقِدَيْنِ، وهو أن يكون كلُّ واحدٍ منهُمَا عاقلاً بالغًا، على اختلافٍ وتفصيلٍ، لم يَتَقدّمْ عليه حَجْرٌ باتّفاقٍ، ولا أَدْرَكَهُ سَفَهٌ في مالِهِ على اختلافٍ[1]، على ما نبيّنُه إن شاء الله، فنقول[2]:

يكون فسادُ البيعِ من خمسةِ أوجُهٍ:

1 ـ منها ما يرجعُ إلى المَبيعِ.

2 ـ ومنها ما يرجعُ إلى الثَّمَنِ.

3 ـ ومنها ما يتعلَّقُ بالمتعاقِدَيْنِ.

4 ـ وما يرجعُ إلى صفةِ العَقْدِ.

5 ـ وما يرجعُ إلى الحال التي يقعُ العَقْد فيها.

وأما ما يرجعُ إلى المَبِيعِ، فأن يكون ممّا لا يصحُّ بيعُهُ، وذلك خمسة أشياءِ:

1 ـ الإنسانُ الحُرّ.

2 ـ والخمرُ[3].

3 ـ والخنزيرُ[3].

4 ـ والنّجاسةُ.

5 ـ وما لا منفعةَ فيه، نحو خَشَاش الأرضِ والضّفادع[4] ونحو ذلك.

---

(١) «المقدمة» ساقطة من الأصل، وهي من استدراكنا.

....

(1) لم يذكر المؤلّف باقي الشّروط الّتي وَعَدَ بها، وهي كما في القبس: 2/776 «[الشرط الثّاني]: أهليّةُ المعقود عليه لمَوْرِدِ العَقْدِ، وذلك بأن يكون مُتَمَوَّلاً مُتَمَلّكًا، عَرِيًا عن حقّ الله فيه بأمر أو نهي، وعن حقّ لآدميّ غير الّذي يباشرُ العقدَ. [الشّرط الثالث]: انتظامُ العقدِ بائتلاف الإيجابِ والقبولِ فيه مطّرِدَيْنِ».

(2) الكلام التالي مقتبسٌ من الخصال الصّغير لابن الصواف: 71 ـ 72. وانظر التلقين: 106، 113.

(3) في حقّ المسلم.

(4) في الخصال الصّغير: «... الأرض مثل الخنافس والضّفادع».

وأمّا الراجعُ إلى الثَّمَن، فَأَن يكونَ ممّا لا يحلّ تملّكه.

وأمّا الرّاجعُ إلى المتعاقِدَيْنِ، فأن يكونا أو أحدهما ممّا لا يصحُّ عندَهُ، ولذلك أربعة أوصاف:

1 ـ الصِّغَرُ.

2 ـ والجُنونُ.

3 ـ والحَجْرُ عليه في الكثيرِ وغيرِهِ.

4 ـ والجهلُ بالمَبِيعِ.

وأمّا ما يرجعُ إلى صفةِ العَقْدِ، فأربعةُ أشياءٍ:

1 ـ الرِّبَا ووجوهُهُ.

2 ـ والغَرَرُ وأبوابُهُ.

3 ـ والمزابَنَةُ وأحكامُها.

4 ـ والبَيْعُ والسَّلفُ في عَقْدٍ واحدٍ.

وأما ما يرجعُ إلى حال العَقْدِ، فأحد عشر شيئًا:

1 ـ البيعُ على بَيْعِ أخيهِ[1].

2 ـ الثّاني: التّبايعُ في حالِ الخُطْبة والصّلاةِ يومَ الجمعة.

3 ـ الثّالث: بيعُ نجش[2].

4 ـ الرّابع: بيعُ العُرْبَانِ.

5 ـ الخامس: بيعُ المُنابذةِ[3].

6 ـ السّادس: بَيْعُ المُلامسةِ[4].

7 ـ السّابع: بَيْعُ الحصاة[5].

....

(1) زاد القاضي عبد الوهّاب في التّلقين: 113: «إذا ركن إليه، وقرب اتفاقهما».

(2) وهو أن يزيد التّاجر في ثمن السلعة ليغرّ غيره، لا لحاجة منه إليها.

(3) وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر، وينبذ الآخر ثوبه إليه فيجب البيع بذلك.

(4) وهو أن يلمس الرّجل الثّوب فيلزمه البيع بلمسه وإن لم يتبينه.

(5) من جملة صور هذا البيع أن تكون بيد الرّجُل حصاة فيقول: إذا سقطت من يدي فقد وجب البيع.

8 ـ الثّامنُ: بيعتان في بيعة.

9 ـ التّاسعُ: ما يعلم صاحبه وزنه وكيله، فيبيعُه جُزَافًا على ظاهرِ المذهب.

10 ـ العاشرُ: بيع الموقوف.

11 ـ الحادي عشر: بيعُ الغائبِ على خيارِ الرُّؤيةِ[1].

فصل[2]

وأمّا البيوعُ المحظورة، فإنّها تنقسمُ إلى قسمينِ:

أحدُهما: ما كانَ محظورًا لحقّ الآدميّ.

والثّاني: ما كان محظورًا لحقّ الله.

فأمّا ما كان محظورًا لحقّ الله، فإن ذلك ينقسم إلى أربعةِ أقسامٍ:

أحدُها: ما كان محظورًا لتعلُّقِهِ بالمحظورِ في الشّرعِ، دون أن يطابقه نهيٌ، أو يُخِلُّ فيه شرطٌ من الشّرائطِ المُشْتَرَطَة في صحّتِه.

الثاني: ما طَابَقَهُ النّهي ولم يُخِلُّ فيه شرطٌ من الشّرائطِ المُشْتَرَطَةِ في صِحّته.

الثّالث: *ما أخلّ فيه بشرطٍ من شرائط صحّتِه.

الرّابع*(١): بيوعُ الشّروطِ، وهي الّتي يسمّيها الفقهاء بيوع الثنيا.

وأمّا القسمُ الأوّلُ وهو ما كان محظورًا لتعلُّقِهِ بالمحظورِ دونَ أن يطابِقَه نهيٌ أو يخلّ فيه شرطٌ من شرائطِ صحّتِهِ، مثل أن يَبِيعَ قبلَ الصّلاةِ في آخرِ وقتِهَا بقَدْر ما لا يُدْرِكُهُ قبل تمامه إلاّ ركعة من الصّلاةِ، ويعلَم أنّه يفوته جميع الوقت باشتغاله بالبَيْعِ، ومثلُ البَيْعِ والشّراءِ في موضعِ مغصوبٍ *وما أشبه ذلك؛ فإنّ البيعَ على هذا الوجه حرامٌ محظورٌ غير جائز، إلاّ أنّه إذا وقع لم*(٢) يُفْسَخ، فاتَ أو لم يَفُت باتّفاق، إلاّ ما كان من هذا النّوع علّة الحَظْرِ فيه باقية ببقاء المَبِيعِ، مثل شراء النّصرانيّ المُصْحَف والمسلم،

---

(١) ما بين النجمتين ساقط من ف واستدركناه من المقدّمات الممهّدات.

(٢) ما بين النّجمتين استدركناه من المقدّمات الممهدات ليكتمل النقص ويستقيم الكلام.

....

(1) هنا ينتهي النقل من كتاب الخصال.

(2) هذا الفصل مقتبسٌ من المقدّمات الممهّدات: 2/ 63.

وغير ذلك؛ فإنّه يُفسَخ، لبقاءِ علّةِ الحَظْرِ فيه بعدَ البَيْعِ، وقيل: إنّه لا يُفسَخ وتُرْفَعُ العلّة بِبَيْعِ(١) المشتري(٢)، في كلامٍ طويلٍ لهم.

المقدمة(٣) الثالثة
في معرفةِ الرّبا وأبوابه

قال اللّهُ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ الآية[1]، فلفظ البَيْع عامٌّ؛ لأن الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللاّم صار من ألفاظ العموم، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْعَصْرِ إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ لَفِى خُسْرٍ﴾ الآية[2]، فاستثنى من الإنسان جماعة المؤمنين لاقتضائه العموم، واللّفظُ العامُّ إذا وَرَدَ فإنّه يُحمَلُ على عُمومِه، إلاّ أن يأتيَ ما يخصُّهُ، فإن خَصَّ منه شيئًا، بَقِيَ ما بعدَ الخُصوصِ أيضًا، فيندرجُ تحت قولِهِ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ الآية[3] كلّ بيعٍ إلاّ ما خُصَّ منه بالدّليلِ، وقد خصَّ منه بأدلّةِ الشَّرعِ بيوعٌ كثيرةٌ، فيبقى ما عداها على أصلِ الإباحةِ منه، ولذلك قلنا في البيوعِ الجائزةِ إنّها ما لم يحظرها الشَّرعُ، ولا وَرَدَ فيها النّهيُ.

قال علماؤنا[4]: الرِّبا في الصَّرْفِ(٤) وفي جميعِ البيوعِ، وفيما تقرَّرَ في الذِّمةِ[5]، حرامٌ مُحَرَّمٌ بالكتابِ والسُّنّةِ وإجماعِ الأُمّةِ.

فأمّا الكتابُ، فقولُه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ الآية[6]، وقولُه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا

---

(١) ف: «بمنع».
(٢) المقدمات: «ببيع المشترى على المشتري».
(٣) «المقدمة» من استدراكنا.
(٤) ف: «العرف» والمثبت من المقدّمات.

....

(1) البقرة: 275.
(2) العصر: 1 ـ 2.
(3) البقرة: 275.
(4) المقصود هو الإمام ابن رشد الجدّ، ومن هذا الموضع إلى آخر الفصل مقتبس من المقدّمات الممهّدات: 2/ 5 ـ 6.
(5) من الدين.
(6) البقرة: 275.

﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً﴾ الآية[1] وقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ الآية[2]، والنّهي إذا قُرِنَ به الوعيدُ، عُلِمَ أنَّ المرادَ به التّحريم.

وقوله تعالى: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾ الآية[3]، يريدُ نهيَ تحريم؛ لأنّه عَطَفَهُ على ما نصّ على(١) تحريمه، إلاّ أنَّ الاحتجاجَ بهذه الآية على تحريم الرِّبا إنّما يصِحُّ على مذهبِ مَن يرى أنّ ما أخبر اللهُ تعالى به من شرائع مَنْ قَبْلَنا من الأنبياء لازمٌ لنا، إلاّ أن يأتيَ في شَرْعِنا ما ينسخه عنّا، وإلى هذا ذهب مالك[4] ـ رحمه اللّهُ ـ؛ لأنّه قد احتجَّ في «مُوَطَّئِهِ»[5] بقوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكْرِىٓ﴾ الآية[6]، يريد في التّوراة، وهو الصّحيحُ، لقوله عليه السّلام: «إِذَا نَامَ أَحَدُكُمْ عَنِ الصَّلاَةِ أَوْ نَسِيَهَا ثُمَّ فَزِعَ إِلَيْهَا فَلْيُصَلِّهَا كَمَا كَانَ يُصَلِّيهَا فِي وَقْتِهَا، فَإِنَّ اللهَ تَعَالَى يقولُ: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكْرِىٓ﴾[7]»[8] والخطابُ بهذا إنّما هو لمُوسَى عليه السّلام، وهذا بَيِّنٌ، وقدِ اختلفَ العلماءُ في ذلك على أربعةِ أقوالٍ:

أحدها: أنّها لازمةٌ لنا جملةً من غيرِ تفصيلٍ[9]، بدليلِ قولِه عزَّ وجلَّ: ﴿أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُ ۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾ الآية[10].

---

(١) ف: «عليه» والمثبت من المقدّمات.

....

(1) آل عمران: 130.
(2) النساء: 29.
(3) النساء: 160.
(4) نصّ على هذا ابن القصّار في المقدّمة في الأصول: 149 ـ 150.
(5) 2/ 446، كتاب العقول، [باب] القصاص في القتل.
(6) المائدة: 45، وانظر وجه الاستدلال بهذه الآية في إحكام الفصول للباجي 395، والمحرر الوجيز: 5/ 275 [ط. قطر].
(7) طه: 14.
(8) أقرب رواية إلى رواية المؤلّف هي ما رواه مالك في الموطأ (26) رواية يحيى، من حديث زيد بن أسلم. وكذلك ما رواه الطبراني في الأوسط (6129) من حديث أنس.
(9) وهو قول جمهور أهل الأصول من المالكية، انظر شرح تنقيح الفصول: 297، وتقريب الوصول: 118، ونشر البنود: 2/ 32.
(10) الأنعام: 90.

الثّاني: أنّها غيرُ لازمةٍ لنا جملةً من غيرِ تفصيلٍ[1]، بدليلِ قولِهِ تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾[2].

الثّالث: أنّها غيرُ لازمةٍ لنا إلاّ شِرعة إبراهيم عليه السّلام، لقولِهِ تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ أَنِ ٱتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ﴾ الآية[3]، وقولِهِ: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ الآية[4].

الرّابع: أنّها غيرُ لازمةٍ لنا إلاّ شِرْعَة عيسى؛ لأنّها آخر الشّرائع المتقدّمة، وكلُّ شِرْعَةٍ ناسخةٌ للّذي قَبْلَها، وهذا القولُ ضعيفٌ؛ لأنّ شِرْعَةَ عيسى إذا كانت ناسخةً لِمَا قَبْلَها من الشّرائعِ، فشريعتُنا ناسخةٌ لشِرْعة عيسى، وهذا لا غُبَارَ عليه.

فصل[5]

وأمّا قولُه تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ﴾ الآية[6]، المعنى: الّذين يربون في تجارتهم في الدُّنيا، لا يقومونَ يوم القيامة من قبورهم إلاّ كما يقومُ الّذي يتخبَّطُهُ الشّيطانُ من الْمَسِّ، أي: يصرعُه من الجنونِ.

ويُرْوَى[7] أنّ أَكَلَةَ الرِّبا يُعْرَفُونَ يوم القيامة أنّهم أَكَلَة الرِّبَا يأخذُهُم خَبَلٌ يُشْبِهُ الخَبَلَ الّذِي يَأْخُذُهُمْ في الآخِرَةِ بِالجُنُونِ الّذِي يَكُونُ في الدُّنْيَا.

وفي الصّحيحِ أنّ النّبيَّ عليه السّلام حَدَّثَ عَنْ لَيْلَةِ الإِسْرَاءِ فَكَانَ فِي حَدِيثِهِ أَنَّهُ قَالَ: أَتَيْتُ عَلَى سَابِلَةِ فِرْعَوْنَ حَيْثُ يُنْطَلَقُ بِهِمْ إِلَى النَّارِ، ثُمَّ قَرَأَ: ﴿ٱلنَّارُ يُعْرَضُونَ عَلَيْهَا﴾ الآية[8]، ثُمَّ قَالَ: وَإِذَا أَنَا بِرِجَالٍ بُطونُهُمْ كَالبُيُوتِ، فَيَقُومُونَ فَيَقَعُونَ بِبُطُونِهِمْ، قَالَ:

....

(1) وهو قول أبي تمّام البصري وأبي بكر الباقلاّني وطائفة من المالكية، كما نصّ على ذلك الباجي في إحكام الفصول: 394، وهو الذي نصره إسماعيل بن إسحاق القاضي، كما في البحر المحيط: 6/42.

(2) المائدة: 48.

(3) النحل: 123.

(4) الحجّ: 78.

(5) هذا الفصل مقتبسٌ من المقدّمات الممهّدات من مواضع مختلفة، انظرها مرتبة: 2/7 ـ 8، 12 ـ 13، 8 ـ 10.

(6) البقرة: 275.

(7) رواه عبد الرزاق في تفسيره: 1/110، ومصنفه (19706) والبيهقي في الشعب (5514) من حديث عبد الله بن سلام.

(8) غافر: 46.

قُلْتُ: يَا جِبْرِيلُ، مَنْ هَؤُلاَءِ؟ قَالَ: هَؤُلاَءِ أَكَلَةُ الرِّبَا، ثُمَّ تَلاَ هَذِهِ الآيَةَ: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا﴾ الآية[1][2].

وفي «صحيح البخاري»[3] عن النبيّ عليه السّلام قال: «رَأَيْتُ اللَّيْلَةَ رَجُلَيْنِ أَتَيَانِي(١)، فَأَخْرَجَانِي إِلَى أَرْضٍ مُقَدَّسَةٍ، فَانْطَلَقَا حَتَّى أَتَيْنَا عَلَى نَهْرٍ مِنْ دَمٍ، فِيهِ رِجَالٌ(٢) قَائِمُونَ فِي وَسَطِ النَّهْرِ، وَرَجُلٌ بَيْنَ يَدَيْهِ حِجَارَةٌ، فَأَقْبَلَ الرِّجَالُ الَّذِينَ فِي النَّهْرِ، فَإِذَا أَرَادُوا أَنْ يَخْرُجُوا رَمَى فِي فِيهِمْ بِحِجَارَةٍ فَرَجَعُوا كَمَا كَانُوا، فَقُلْتُ: مَا هَذَا؟ فَقَالَ الَّذِينَ رَأَيْتَ فِي النَّهْرِ: هُمْ أَكَلَةُ الرِّبَا».

وأمّا السُّنَّةُ، فمنها ما رواهُ ابن مسعود؛ أنّ رسولَ اللهِ ﷺ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَمُوْكِلَهُ وشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ[4]، قال: هُمْ سَوَاءٌ[5]، ومن ذلك تحريم التّفاضُلِ بين الذَّهَبِ والفِضَّةِ، على ما يأتي بيانُه إن شاء الله.

وأمّا الإجماعُ، فمعلومٌ من دِينِ الأُمَّةِ ضرورةً أنّ الرِّبَا يحرمُ في الجملةِ، وإن اختلفوا في تفصيل مسائله، على ما نُبَيِّنُه إنْ شاء الله.

واختلفَ العلماءُ في لفظِ «الرِّبا» الوارد في القرآنِ، هل هو مِنَ الألفاظِ العامّةِ الّتي يُفْهَمُ المرادُ بها وتُحملُ على عمومِهَا حتَّى يأتي ما يخصِّصُها ؟ أو من الألفاظِ المُجْمَلَةِ الّتي لا يُفْهَمُ المرادُ منها(٣) من لَفظِها وتَفْتَقِرُ في البيانِ إلى غيرها؟ على قولين، والّذي

---

(١) «أتياني» استدركناها من المقدّمات والبخاري.

(٢) في المقدمات والبخاري الكلام عن الرجال بصيغة الجمع.

(٣) المقدّمات: «بها».

....

(1) البقرة: 275.

(2) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة (36574)، وأحمد: 2/ 353، 363، وابن ماجه (2273)، والحارث بن أبي أسامة كما في زوائد الهيثمي (25)، قال البوصيري في مصباح الزجاجة: 3/ 34 «هذا إسناد ضعيف لضعف عليّ بن زيد» وقال الهيثمي في المجمع: 4/ 117 «فيه عليّ بن زيد وفيه كلام، والغالب عليه الضّعف».

(3) الحديث (2085) عن سَمُرَةَ بنِ جُنْدُبٍ.

(4) أخرجه الطيالسي (343)، وأحمد: 1/ 393، 394، وأبو داود (3333م)، وابن ماجه (2277)، والترمذي (1206) وقال: «حديث حسن صحيح»، وأبو يعلى (4981)، وابن حبّان (5025).

(5) هذه الزيادة أخرجها مسلم (1598) من حديث جابر.

يدلُّ عليه قولُ عمر بن الخطّاب ـ رضي اللهُ عنه ـ «كَانَ مِنْ آخِرِ مَا أَنْزَلَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ آيَة الرِّبَا، فَتُوُفِّي رسولُ اللهِ وَلَمْ يُفَسِّرْهَا»[1]، فَلَمَّا لَمْ يُفَسِّرْهَا عُلِمَ أنّه لم يَعُمّ جميع وجوه الرِّبا بالنَّصّ عليها، للعلمِ الحاصلِ أنّه ﷺ قد نصَّ[(١)] على كثير منها، من ذلك:

تحريمُهُ صلى الله عليه عن[(٢)] التَّفاضُل بين الذَّهَبَيْن وبين الوَرِقَيْنِ، ونهيُهُ عليه السّلام عن بَيْعٍ وَسَلَفٍ، وعن بَيْعِ ما ليس عِنْدَكَ، وعَنْ بَيْعَتَيْنِ في بَيْعَةٍ، وعن بَيْعِ المُلاَمَسَةِ[(٣)]، وعن بَيْعِ الثّمارِ قبلَ أن يَبْدُوَ صَلاَحُها، وما أَشْبَهَ ذلك؛ لأنّ هذه الأحاديث تُحْمَلُ على البيانِ والتّفسير لِمَا أَجْمَلَ اللهُ في كتابه من ذِكْرِ الرِّبَا، وما لم ينصّ عليه ﷺ من وجوه الرِّبا، فإنّه أَحَالَ فيه على طُرُقِ الأدِلّة أدِلّة الشّرع وبيّنَ وجوهها، وما تُوُفِّي رسولُ الله إلاّ بعدَ أن كَمُلَ الدِّينُ، وبعد أن بيّن كلّ ما يحتاجه النّاس، قال اللهُ تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ الآية[2].

قال[3]: وممّا يدلُّ على ما تأوّلنا حديثُه عليه السّلام في جميع أنواع الرِّبَا، وقولُ عمر: «إِنَّكُمْ تَزْعُمُونَ أَنَّا نَعْلَمُ أَبْوَابَ الرِّبَا، وَلأَنْ أَكُونَ أَعْلَمُهَا أَحَبّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ لِي مِثْل مِصْر وَكُورِها، ولكن من ذلك أبوابٌ لا تخفينّ على أحدٍ: أَنْ تُبَاعَ الثّمرة وهي مُغْصِفَةٌ[4] لم تطب، وأنْ يُبَاعَ الذَّهَبُ بِالوَرِقِ والورقُ بالذَّهَبِ نَسِيئًا[(٤)]»[5]. فأخبرَ ـ رضي اللهُ عنه ـ أنّ من وجوهِ الرِّبَا ما هو بَيِّنٌ جَلِيٌّ[(٥)] لِنَصِّ النّبيّ عليه السّلام عليه[(٦)]، ومنه ما هو باطنٌ خَفِيٌّ لِعَدَمِ

---

(١) «قد نصّ» استدركناها من المقدّمات ليلتئم الكلام.
(٢) كذا بزيادة «عن»، وحذفها أولى.
(٣) المقدّمات: «الملامسة والمنابذة».
(٤) في الأصل: «جزافا» والمثبت من المقدمات والمصنف.
(٥) ف: «ما منه جليّ خفيّ» والمثبت من المقدّمات.
(٦) «عليه» استدركناها من المقدّمات.

....

(1) أخرجه أحمد: 1/ 36، 49، وابن ماجه (2276)، والمروزي في السنة (197)، قال البوصيري في مصباح الزّجاجة في زوائد ابن ماجه: 3/ 35 «هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات».
(2) المائدة: 3.
(3) يحتمل أن يكون القائل هو المؤلّف ناقلاً كلام ابن رشد، ويحتمل أن يكون ابن رشد صاحب الكلام المنقول.
(4) أي ذات سنبل.
(5) أخرجه عبد الرزّاق (14161)، وذكره محمد بن الحسن في الحجة: 2/ 486.

النَّصّ فيه، وتَمَنَّى[١] أن تكونَ جميع وجوه الرِّبَا ظاهرة جلية يعلمها بنصِّ النَّبيِّ عليه السّلام عليها، ولا يفتقر إلى طَلَبِ الأدِلَّةِ في شيءٍ منها، واللهُ عزَّ وجلَّ[1] لَمَّا أراد أن يَمْتَحِنَ عبادَهُ ويبتليهم فَرَّقَ بينَ طرق العِلْمِ، فجعلَ منها ظاهرًا جليًا وباطنًا خفيًا، ليُعْلَمَ الباطنُ الخَفِيُّ بالاجتهادِ والنَّظَرِ من[٢] الظَّاهر الجليّ، فرفعَ بذلك الّذين آمنوا والّذين أُوتُوا العلمَ درجاتٍ، وقال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِىٓ أَنزَلَ عَلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ مِنْهُ ءَايَـٰتٌ مُّحْكَمَـٰتٌ﴾ الآية[2].

قال علماؤنا[3]: فمنِ استحلَّ الرِّبا فهو كافرٌ حلالُ الدَّمِ يُسْتَتَابُ، فإن تابَ وإلاَّ قُتِلَ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ أَصْحَـٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَـٰلِدُونَ﴾[4] يريد عاد إلى[٣] الرِّبا مستحلاً له؛ لأنَّ الخلودَ في النّار من صفاتِ الكافرينَ.

وقال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ الآية، إلى قولِهِ: ﴿فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ الآية[5] أي: إنْ لم تفعلوا فتقبلُوا ذلك وتُقِرُّوا به ﴿فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ الآية[6]، أي: فاعلموا أنكم مُحَارَبُونَ من اللّهِ ورسولِهِ لأنَّكم مشركون.

وقد بيَّنَّا أن أصلَ «الرِّبَا» لغةً وشرعًا: الزِّيادةُ، يقال: رَبَا الشَّيْءُ يَرْبُو، إذا زَادَ وعَظُمَ، وأَرْبَى فلانٌ على فلانٍ إذَا زَادَ عليه، يُرْبِي إِرْبَاءً، وقيل للمُرْبِيْ: مُرْبٍ لزيادته الَّتي يستَزِيدُها في دَيْنِهِ لتأخره إلى أجلٍ، أو غير ذلك.

وأمّا من باعَ بَيْعًا أَرْبَى فيه غير مُسْتَحِلٍّ للرِّبا، فعليه العقوبة المُوجِعَة إن لم يُعْذَر

(١) ف: «وبين» والمثبت من المقدِّمات.

(٢) ف: «في» والمثبت من المقدِّمات.

(٣) «إلى» استدركناه من المقدِّمات والموطأ.

(1) من هنا إلى آخر الفقرة يشبه كلام ابن القصار في المقدمة في الأصول: 5، ومن الجائز أن يكون ابن رشد قد اعتمد عليه.

(2) آل عمران: 7.

(3) المقصود هو الإمام ابن رشد الجدّ.

(4) البقرة: 275.

(5) البقرة: 278.

(6) البقرة: 279.

بجهلٍ، ويُفْسَخُ البَيْع ما كان قائمًا في قول مالك وجميع أصحابه.

والحُجّةُ في ذلك: أنّ النّبيّ عليه السّلام أَمَرَ السَّعْدَيْنِ أن يَبِيعَا آنِيَةً مِنَ المَغَانِمِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، فَبَاعَا كلّ[١] ثَلاثَةٍ بِأَرْبَعَةٍ عَيْنًا، أَوْ كُلَّ أَرْبَعَةٍ بِثَلاثَةٍ عَيْنًا، فَقَالَ لَهُمَا رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَرْبَيْتُمَا فَرُدَّا»[1].

فإن فاتَ البَيْعُ، فليس له إلاّ رأس المال، قَبَضَ الرِّبا أو لم يقبضه. فإن كان قَبَضَهُ ردَّهُ إلى صاحِبِهِ. وكذلك مَنْ أَرْبَى ثمّ تابَ منه، فليس له إلاّ رأس مَالِهِ، وما قَبَضَ من الرّبا وجب عليه ردّه إلى مَنْ قَبَضَهُ منه، وإن لم يعلمه، تَصَدَّقَ به عنه، لقوله: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾ الآية[2].

وأمّا مَنْ أَسْلَمَ وله رِبًا، فإن كان قَبَضَهُ فهو له، لقولِهِ تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ الآية[3]، ولقولِه عليه السّلام: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ»[4].

وأما إن كان الرِّبَا لم يقبضه، فلا يَحِلّ له أن يأخذه، وهو موضوعٌ عن الَّذِي هو عليه، ولا خلافَ في هذا أَعْلَمُهُ، لقولِهِ: ﴿وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ الآية[5].

قيل[٢]: نزلت هذه الآية في قَوْمٍ أَسْلَمُوا، ولهم على قوم أموالٌ مِنَ الرِّبا كانوا أَرْبَوا[٣] عليهم، وكانوا قد قبضوا[٤] بعضه وبقي، فَعَفَا اللهُ لهم عمّا كانوا قبضوه[٥]، وحرَّمَ عليهم اقتضاء ما بَقِيَ منه[6].

---

(١) «كل» استدركناه من المقدّمات والموطأ.

(٢) «قيل» من إضافات المؤلّف على نصّ المقدّمات.

(٣) المقدّمات: «أربوه».

(٤) في نسخة من المقدمات: «اقتضوا».

(٥) المقدمات: «اقتضوه».

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (1843) رواية يحيى.

(2) البقرة: 279.

(3) البقرة: 275.

(4) أخرجه أبو يعلى (5847)، والبيهقي: 9/113، قال ابن أبي حاتم في علل الحديث: 1/203 «هذا حديث لا أصل له»، وانظر تلخيص الحبير: 4/110.

(5) البقرة: 278.

(6) أخرجه ابن الطبري في تفسيره: 5/51 (ط. هجر) عن الضّحاك، وانظر الدّرّ المنثور: 3:373 (ط. هجر).

وقيل: إن هذه الآية نزلت في العبّاس بن عبد المطّلب ورَجُلٍ من بني المُغِيرَة كانا يُسْلِفَان في الرِّبا، فجاء الإسلام ولهم أموالٌ عظيمةٌ في الرِّبَا، فأنزلَ اللهُ تعالى هذه الآية بتحريمِ اقتضاءِ ما بَقِيَ لهُما من الرِّبَا، فلم يقبضوا ذلك[1].

وقال رسولُ اللهِ ﷺ في حُجَّةِ الوَدَاع: «أَلاَ إِنَّ كُلَّ رِبًا كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلِ رِبًا يُوضَعُ رِبَا الْعَبَّاس بْن عَبْدِ الْمُطَّلِب»[2].

المقدّمةُ الرّابعة[3]

في تمهيدِ القواعدِ وترتيبِ الأحاديثِ الواردة في البيوعِ

اختلفَ النّاسُ في أصولِ البُيُوعِ، فأَدَارَها المتكلِّمون على أربعةِ أحاديثَ، وأَدَارَهَا الفقهاءُ أيضًا على أربعةٍ، وزادَ مالكٌ فيها أَصْلَيْنِ، ونحن نُبَيِّنُ ذلك على معنىً يُوافِقُ غَرَضَ مالك في «الموطّأ» خاصّةً، ونُفَرِّعُ على قالَبِ كلامِهِ فيه فنقولُ:

الأصولُ سِتَّةٌ: أربعةٌ من الحديثِ، واثنانِ من المعنى.

الحديثُ الأوّلُ: حديثُ الرِّبا، قال النّبيُّ عليه السّلام: «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ، وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ، وَلاَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلاَ الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ، إِلاَّ سَوَاءً، عَيْنًا بِعَيْنٍ، يَدًا بِيَدٍ»[4] وهذا لفظ الحديث.

الثّاني: قَدِمَ النّبيُّ عليه السّلام المدينةَ وهم يُسْلِفُون في الثِّمَارِ السَّنَة والسَّنَتَيْنِ، فقال عليه السّلام: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[5].

الثّالث: رَوَى ابنُ عُمَرَ وزَيْدُ بنُ ثَابِتٍ، عن النّبيِّ عليه السّلام في بَيْعِ الثِّمارِ؛ أمّا ابنُ عُمَرَ فقال: نَهَى النّبيُّ عليهِ السّلام عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا[6]، فذكَرَهُ في

....

(1) رواه الطبري في جامع البيان: 6/ 22 (ط. شاكر)، وانظر أسباب النزول للواحدي: 78، والعجاب في بيان الأسباب لابن حجر: 1/ 637، والدر المنثور: 3/ 372 (ط. هجر).

(2) أخرجه مطوّلاً: أحمد: 3/ 426، وأبو داود (3334)، وابن ماجه (1851، 2669، 3055)، والترمذي (3087) وقال: «هذا حديث حسن صحيح».

(3) انظر هذه المقدمة في القبس: 2/ 777 ـ 779.

(4) أخرجه مسلم (1587) من حديث عُبَادة بن الصّامت، مع اختلاف في اللفظ.

(5) أخرجه البخاري (2240)، ومسلم (1604) من حديث ابن عبّاس.

(6) أخرجه مالك في الموطأ (1807) رواية يحيى.

الدَّرَجَةِ الثَّانيةِ، ورواه زيدُ بنُ ثابتٍ في درجته الأُولى[١] فقال: قال النبيُّ عليه السّلام: «لاَ تبايعُوا الثِّمَارَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا»[1] وزادَ عنه عليه السّلام فبيَّنَ عِلَّةَ المَنْعِ[٢] فقال: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمرَةَ فَبِمَ[٣] يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»[2] لكنه عَقَّبَ عليها[٤] بما غيّر الدّليلَ وأتعبَ في التّأويل، فقال[٥]: كَالمَشُوْرَةِ لهم، فجعلَ ذلك زيدٌ في ظاهرِ الحديثِ رَأْيًا عَرَضَهُ لا نَهْيًا حَرَّمَهُ[٦]، وسيأتي تحقيقُ ذلك في موضعه إن شاء الله.

الرّابع: حديثُ ابنِ عمرَ وابن عبّاسٍ، قوله: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»[3] زادَ ابنُ عبّاسٍ: «وَأَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ»[4].

وكان بعضُ الأصوليّينَ قد عَدَّ في جُملة الأربعة الأحاديث أَنَّ النَّبِيَّ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»[5]، ومعنى هذا الحديث صحيحٌ، ليس في الصّحيحِ لفظُهُ، لكن وَرَدَ في الصَّحيحِ طرفٌ من معناهُ، وهو أنّ النّبيَّ عليه السّلام «نَهَى عَنِ اللَّمْسِ[٧] والْمُنَابَذَةِ»[6].

وأمّا المعنى فإنّ مالكًا زَادَ في الأصولِ:

1 ـ مراعاة الشّبه، وهي التي يسمّونها الذّرائع[7].

2 ـ والثّاني[8]: المصلحةُ، وهو كلُّ معنىً قامَ به قانونُ الشّريعةِ، وحَصَلَتْ

---

(١) في الأصل: «وروى... الأول» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل: «وزاد عليه السلام فبين علة البيع» والمثبت من القبس.
(٣) في الأصل: «بما» والمثبت من القبس.
(٤) القبس: «علينا».
(٥) «فقال» زيادة من القبس
(٦) في الأصل: «لأنّه ما حرّمه» والمثبت من القبس.
(٧) القبس: «اللّماس» وهي أسدّ.

....

(1) أخرجه البخاري معلّقًا في باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (2193)، وأخرجه أحمد: 35/ 488، 516 (ط. هجر) وأبو داود (3372 م) موصولاً.
(2) أخرجه مالك في الموطأ (1808) رواية يحيى، من حديث أنس.
(3) أخرجه مالك في الموطأ (1863) رواية يحيى.
(4) أخرجه البخاري (2135)، ومسلم (29/ 1525).
(5) أخرجه مالك عن ابن المسيِّب في الموطّأ (1941) رواية يحيى.
(6) أخرجه البخاري (2146)، ومسلم (1511) من حديث أبي هريرة.
(7) وهو الأصل الخامس، كما صرح بذلك المؤلّف في القبس.
(8) وهو الأصل السادس، كما صرح بذلك المؤلّف في القبس.

به[١] المنفعةُ العامَّةُ في الخَلِيقَةِ، ولم يُسَاعَدْ على هذين الأصلين[٢]، وهو في القولِ بِهِمَا أقومُ قِيلاً، وأهدَى سبيلاً، وقد بَيَّنَّا ذلك في «كتاب النّكاح» إن شاء الله[٣].

فصل[1]

أمّا حديثُ الرِّبَا، فهو أصلٌ مُتَّفَقٌ عليه بين الأُمَّةِ، وقد تكلَّموا[٤] فيه على أربعةِ أقوالٍ:

1 ـ فقال الشّافعيُّ: يجري في كلِّ مطعومٍ خاصّةً[2].

2 ـ وقال أبو حنيفةَ: في كلِّ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ[3].

3 ـ وقال مالك: يجري في كلِّ مُقْتَاتٍ[4]، على تفصيلٍ طويلٍ.

4 ـ وقال ابن الماجِشُون: يجري الرِّبا في كلِّ مالٍ.

ولم يَقُل أحدٌ من الأُمَّةِ أنَّ الرِّبا يقتصِرُ على هذه الأعيانِ السِّتَةِ، لا مِنَ الصّحابةِ فَمَنْ دُونَهُم، بل كانوا يَتَحَرَّوْنَ[٥] الرِّبَا، ويتأسَّفُونَ على أنّ البيانَ لم يَقَع فيه بالجلاءِ، وقد كان عمرُ بنُ الخطّاب يقولُ على منبرِ رسولِ اللهِ: «تُوُفِّيَ رَسُولُ اللهِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَنَا آيَةَ الرِّبَا[٦]، فَدَعُوا الرِّبَا والرِّيبَةِ» كما تقدَّمَ[5].

وأمّا حديثُ ابن عبّاسٍ في السَّلَمِ، فإنَّ اللهَ شَرَعَهُ مُعَيَّنًا في الحالِ، مضمونًا في الذِّمَة.

وأمّا القرآنُ، فحديثُ بقرةِ بني إسرائيلَ[6]، قال ابنُ عبّاسٍ: لو أنّهم إذْ سَمِعُوا الأمرَ

---

(١) ف: «فيه» والمثبت من القبس.
(٢) في القبس: «ولم يساعده على هذين الأصلين أحدٌ من العلماء».
(٣) القبس: «وقد بيّنا وجوب القول بهما والعمل بمقتضاهما في أصول الفقه ومسائل الخلاف».
(٤) في القبس: «اتفقوا».
(٥) القبس: «يتخوفون».
(٦) في القبس: «ولم يبين لنا أبوابا من الرِّبَا».

....

(1) انظره في القبس: 2/ 779 ـ 786.
(2) انظر الحاوي الكبير: 5/ 81 ـ 83.
(3) انظر مختصر الطحاوي: 75.
(4) انظر التفريع لابن الجلاب: 2/ 125.
(5) انظر صفحة: 14 من هذا الجزء.
(6) في سورة البقرة: 67ـ 73.

بادَرُوا إلى أيِّ بقرةٍ كانت لأجزَأَهُمْ، ولكنّهم شدَّدُوا فشدَّدَ اللهُ عليهِمْ، ولم يزالُوا يسألُونَ وتُوصَفُ حتّى نُعِتَتْ[1] لهم(١).

وأمّا السُّنّة، فقد رُوِيَ في الأثرِ - وهو حديثٌ لا بَأْسَ به - أنَّ النّبيَّ ﷺ قال: «لَعَنَ اللهُ الْمَرْأَةَ تَصِفُ الْمَرْأَةَ لِزَوْجِهَا حَتَّى كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا»[2].

وأمّا المُعَايَنَةُ، فقد أجمعَ العلماءُ على إدراكِ المُعَيَّنَاتِ بالصِّفاتِ، لمعرفةِ الخُدودِ، والقُدُودِ، والشُّعورِ،(٢) والأَطرافِ، ونحوِ ذلك[3].

وأمّا قولُه[4]: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» فليس فيه تعليلٌ، وإنّما هو شرعٌ مَحْضٌ، واختلفَ العلماءُ فيه على أربعة أقوال:

1 - فمنهُمْ مَن قال: إنّه جارٍ(٣) في كلِّ شيءٍ، وهو الشّافعيُّ[5]، وتعلَّقَ في ذلك بما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه السّلام أنّه «نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ ورِبح ما لم يُضْمَنْ»[6]، ورُوِيَ أنّه لما وَلَّى عتّابَ بنَ أَسِيْدٍ على مكّةَ قال: «انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ أَوْ ربح مَا لَمْ يُضْمَنْ»[7]، وهذان

---

(١) في القبس: «تعيّنت لهم».

(٢) في الأصل: «والشهور» وهو تصحيف ظاهر، والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «جائز» والمثبت من القبس.

....

(1) رواه الطبري في تفسيره: 1/ 339.

(2) لم نجده بهذا اللّفظ، وأخرج البخاري (5240) من حديث ابن مسعود أنّه قال: «لا تُبَاشِرُ المرأةُ المرأةَ، فَتَنْعَتَهَا لزوجها كأنّه ينظرُ إليها».

(3) يذكر المؤلف في القبس: 782 أنّه سمع شيخ النّخاسين ببغداد يقول: الّذي يحصر الصّفات معرفة الحدود والقدود... الخ.

(4) أي قوله ﷺ في الموطّأ (1863) رواية يحيى.

(5) في الأم: 6/ 227 (ط. قتيبة).

(6) لم نجده بهذا اللفظ، وروى الترمذي (1334) عن عبد الله بن عمرو؛ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحلُّ سَلَفٌ وبيعٌ، ولا شرطانِ في بيعٍ، ولا ربحُ ما لم يُضْمَنْ، ولا بيعُ ما ليس عندك» قال الترمذي: «وهذا حديث حسن صحيح»، وانظر أحمد: 2/ 174، والدارمي (2563)، وأبو داود (3504م)، وابن ماجه (2188).

(7) أخرجه الإمام الشافعي في الأم: 6/ 228 - 229 (ط. قتيبة)، وابن قانع في معجم الصّحابة (792)، والطبراني في الأوسط (9007)، وابن عدي في الكامل: 2/ 270، والبيهقي: 5/ 313.
قال الهيثمي في المجمع: 4/ 85 «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه يحيى بن صالح الأيلي، قال الذهبي: رَوَى عنه يحيى بن بكير مناكير، قلت: ولم أجد لغير الذهبي فيه كلامًا، وبقية رجاله رجال الصّحيح».

الحديثانِ خَرَّجَهُمَا الدّارقطنيّ[1]، وغيره، وليسا[١] بصحيحين.

2 ـ ومنهم من قال: يُحْمَلُ كلُّ شيءٍ على الطَّعامِ الّذي وَرَدَ فيه الحديثُ، بقياس أنّه مَبيعٌ[٢] لم يُقْبَضْ فلم يَجزْ بَيْعُهُ كالطَّعامِ، وهذا معنَى قولِ ابن عبّاسٍ: «وَأَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ»[2] وهذا فاسدٌ؛ لأنّا قد بَيّنّا أنّه شرعٌ محضٌ وتَعَبُّدٌ صِرْفٌ، لا يُفْهمُ المعنى فيه، ولا تُعْقَلُ عِلّتُهُ، وإنّما يكونُ الإلحاقُ عندَ فهمِ العِلّةِ، وعَقْلِ المعنى، فَيُرَكَّبُ عليه مَثْلُه.

3 ـ الثّالثُ: قولُ أبي حنيفة: هذا عامٌ في كلّ شيءٍ، إلاّ في العَقَارِ[3]؛ لأنّ العَقَارِ ليس فيه قبضٌ، إذ لا يُنْقَلُ[٣] ولا يُحَوّلُ، وقال: إنَّ العَقَارَ لا يُضْمَنْ بالغَصْبِ؛ لأنّه لا يُنْقَلُ ولا يُحَوَّلُ، وقد بيّنّا ذلك في **«مسائل الخلاف»** أنّ هذا فاسدٌ، فإنّه لولا تصوُّرُ القَبْضِ في الغَصْبِ ما صحَّ أن يكونَ لأحدٍ به اختصاصٌ، ولا له عليه يدٌ[٤]، لكنّ القَبْضَ في كلِّ شيءٍ على قَدْرِ صِفَتِهِ، فالمنقولُ[٥] قبضُه إتْيَانُه إِلَيْكَ، والعَقَارُ قَبْضُهُ مَشْيُكَ إليه.

وقال ابنُ المَاجِشُونِ وجماعةٌ معه: يُحْمَلُ على الطَّعامِ كلُّ مَكِيلٍ؛ لأنّه في معناه ولفظِهِ، ونُزِّلَ[٦] عليه الموزونُ؛ لأنّه في معناهُ الخاصِّ به، وليس الّذي يُعْرَفُ من بابِ القياسِ، وإنّما هو من بابِ كونِ الشّيءِ في معنَى الشّيءِ الّذي يُعْرَف قبلَ التَّفَطُّنِ لوجهِ النَّظَرِ.

وقيل في الحُجَّةِ[٧] له: لَمّا كان الطَّعامُ منه ما يُكَالُ، ومنه ما يُوزَنُ، وانقسمتِ الحالُ فيه، حُمِلَ عليه ما كان مثلَه، وقد بيّنّا أنَّ ذلك شرعٌ غيرُ معلَّلٍ، فلا يَصِحُّ الإلحاقُ[٨] بما يُغْنِي عن إعادَتِهِ.

---

(١) في الأصل: «وليس» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل: «بيع» والمثبت من القبس.
(٣) في الأصل: «لا ينتقل» والمثبت من القبس.
(٤) في الأصل: «يد» والمثبت من القبس.
(٥) في الأصل: «فالعرض» والمثبت من القبس.
(٦) في القبس: «ويحمل».
(٧) في الأصل: «الحجر» وهو تصحيف ظاهر، والمثبت من القبس.
(٨) في الأصل: «إلحاق» والمثبت من القبس.

....

(1) أما الحديث الأوّل فقد رواه الدارقطني: 3/74 ـ 75 من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، باللفظ الذي ذكرنا في تعليقنا ما قبل السابق. أمّا الحديث الثاني فلم نقف عليه في سنن الدارقطني، وقد أخرجه الطبراني في الأوسط (9007).
(2) سبق تخريجه صفحة: 18، التعليق رقم: 4.
(3) انظر مختصر الطحاوي: 84.

الرّابع: قولُ مالكٍ: إنّه مخصوصٌ بما وَرَدَ في الحديثِ دونَ إلحاقٍ(١) ولا تعليلٍ، وقالَ عليه السَّلام: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»[1] فلذلك جوَّزَ بيعَهُ في الهِبَةِ قَبْلَ قَبْضِهِ.

وأمّا الشُّبْهَةُ(٢)، فإنّه في ألْسِنَةِ الفقهاءِ عبارةٌ عن كلِّ فعلٍ أَشْبَهَ الحرامَ[2] فلم يكن *منه، ولا بَعُدَ عنه، ويُسمِّيها علماؤنا الذّرائعَ، ومعناه: كلُّ فعلٍ يمكنُ أن يُتَذَرَّعَ به أي*(٣) يُتَوَصَّلَ به إلى ما لا يجوزُ، وهي مسألةٌ انْفَرَدَ بها مالكٌ دونَ سائرِ العلماءِ، وقد مهَّدْنَا القولَ عليها في «**مسائل الخلاف**» قرآنًا وسُنَّةً، وإجماعًا من الأُمَّةِ، ولو لم يكن في ذلك إلا(٤) الاتِّعاظُ ببني إسرائيلَ فإنّه حرَّمَ عليهم الصَّيْدَ في يوم السَّبتِ، فكان الحُوتُ يجري في النَّهرِ أكثرَ من الماءِ، وأُبِيحَ في سائرِ الأيّامِ، فكانوا لا يَجِدُون حُوتًا فيه، فتذرَّعُوا إلى صيدِ الحُوتِ في الأيّامِ المباحةِ بأن سَدُّوا منَافِسَ الحُوتِ ومنافذَهُ عندَ رجوعِهِ، فلمّا أرادَ أنْ يرجِعَ ضُرِبَتْ في وُجُوهِهِ الأسدادُ، فأصبح الماءُ كلّه حُوتًا، **وأصبحوا هم قِرَدَةً خاسئين**.

وأجمعتِ الأُمَّةُ أنّه لا تجوزُ شهادةُ الأَبِ لابنه وإن كان عَدْلاً[3].

وأمّا المقاصدُ والمصالحُ، فهي أيضًا مِمَّا انفردَ بها مالك[4] - رضي الله عنه - دونَ سائرِ العلماءِ، ولابُدَّ منها، لِمَا يعودُ من الضَّرَرِ في مُخَالفَتِها، ويدخلُ من الجَهَالَةِ في العُدُولِ عنها، وقد رأيتم في ذلك تمهيداتٍ وقواعدَ، يطلقُ البيانُ عليها إن شاء الله.

وإذا انتهَى الكلامُ إلى هذا المقام، فلابُدَّ من تأسيسِ قواعدَ عَشْرٍ ينبني عليها معنَى الكتاب، ويرجِعُ إليه النّاظرُ في أثناءِ الأبوابِ.

---

(١) في الأصل: «الحال» وهو تصحيف، والمثبت من القبس.

(٢) ف: «الشبه» والمثبت من القبس.

(٣) ما بين النجمتين سقط من الأصل بسبب انتقال نظر الناسخ، وقد استدركناه من القبس.

(٤) «إلاّ» استدركناها من القبس ليستقيم الكلام.

....

(1) سبق تخريجه صفحة: 20، التعليق رقم: 4.

(2) انظر التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي: 176، 423.

(3) حكى هذا الإجماع ابن القطّان في الاقناع: 3/ 1504 نقلاً عن ابن المنذر ف الإشراف.

(4) انظر العارضة: 5/ 315، 11/ 123، وأحكام القرآن: 2/ 623.

القاعدةُ الأُولى[1]
تحقيق الرِّبا

قال الإمامُ: سمعتُ القاضِيَ الزَّنجانيَّ ببيتِ المقدسِ يقولُ: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[2] قال: هذه الآيةُ منتظِمَةٌ لكلِّ بَيْعٍ صحيحٍ وبَيْعٍ فاسدٍ، فأمّا البَيْعُ الصَّحيحُ فقد أشرنا إليه، ولكنَّ حدَّه عندَهم[3]: كلُّ بيعٍ سَلِمَ مِنَ الرِّبَا والجَهَالَةِ، فإنَّ البَيْعَ إنّما هو مُقَابَلَةُ المالِ بالمالِ، ولابُدَّ أن يكونَ المالانِ من الجِهَتَيْنِ مُقَدَّرَيْنِ، والتَّقديرُ على قسمين:

1 ـ تقديرٌ تولاّهُ الشَّرعُ في الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ.

2 ـ تقديرٌ يَتَوَلَّى المتعاقِدَانِ ذلك باختيارِهِمَا، وذلك في سائرِ الأموالِ.

القاعدةُ الثّانيةُ[4]

الفسادُ يرجِعُ إلى البَيْعِ من ثلاثةِ أشياءَ:

1 ـ إمّا من الرِّبا.

2 ـ وإمّا من الغَرَرِ والجهالة.

3 ـ وإمّا مِنْ أكلِ المالِ بالباطلِ.

وحَدُّهُ: أن يَدخُلا في العَقْدِ على العِوَضِيَّةِ(١)، فيكونُ فيه ما لا يقابِلُه عِوَضٌ؛ لأنّا قد بيّنا أنّ البيوعَ[5] تنقسمُ على ثلاثةِ أقسامٍ:

1 ـ بيوعٌ جائزةٌ.

2 ـ وبيوعٌ محظورةٌ.

---

(١) في الأصل: «الفريضة» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 786 ـ 787.

(2) البقرة: 275.

(3) أي عند الأحناف.

(4) القسم الأوّل من هذه القاعدة إلى قوله: ما لا يقابله عوض، وردَ في القبس: 2/ 787.

(5) من هنا إلى آخر القاعدة مقتبس من المقدّمات الممهّدات: 2/ 61.

3 - وبيوعٌ مكروهةٌ.

فالبيوعُ الجائزةُ هي الّتي لم يحظرها الشّرْعُ، ولا وَرَدَ فيها نَهْيٌ، وإنّما قُلنا ذلك؛ لأنَّ اللّهَ تعالى أباحَ البَيْعَ لعبادِهِ وأَذِنَ لهم فيه إِذْنًا مُطْلَقًا، وأباحَهُ عامَّةً في غير ما آيةٍ من كتابِه، مثل قولِهِ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1] وقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾[2] وقـالَ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾ الآية إلى قولِهِ: ﴿تَعْلَمُونَ﴾[3] إلى غير ذلك من الآياتِ.

القاعدةُ الثّالثةُ[4]

قال لنا الشّاشيُّ[5] الإمامُ بمدينة السّلام: الصفقةُ إذا جَمَعتْ مَالَيْ[١] رِبًا من الجهتَينِ، ومعهُما أو مع أحدِهما ما يخالِفُه في القِيمَةِ، سواءٌ كان من جنسِهِ أو من غيرِ جنسهِ، فإنّ ذلك لا يجوزُ، مثالُه: أنْ يَبِيعَ رَجُلٌ من آخرَ مُدًّا من قمحٍ ودِرْهَمًا بمُدَّيْنِ ودرهمٍ[٢]؛ لأنَّ[6] أجناسَ البُيُوعِ تنقسمُ إلى أربعةِ أقسامٍ:

1 - بَيْعُ مُرَابَحَةٍ.

2 - وبَيْعُ مُكَايَسَةٍ.

3 - وبَيْعُ مُزَايَدَةٍ.

4 - وبَيْعُ اسْتِمَانَةٍ[٣] واسْتِرْسَالٍ، وقال ابنُ حبيبٍ: إلاّ أنّ الاسترسالَ إنّما يكونُ في الشِّراءِ دونَ البَيْعِ، وليس ذلك بصحيحٍ من القولِ، ولا فَرْقَ في ذلك بينَ البَيْعِ والشِّراءِ.

---

(١) ف: «ما فيه» والمثبت من القبس.

(٢) القبس: «... من آخر بمُدٍّ من قمح ودرهم».

(٣) في الأصل: «استنامة» والمثبت من المقدّمات الّتي أشار ناشرها في الهامش إلى أنّه في نسخة: استقامة.

....

(1) البقرة: 275.

(2) البقرة: 278.

(3) الجمعة: 9.

(4) انظر الفقرة الأولى من هذه القاعدة في القبس: 2/ 787.

(5) هو أبو بكر محمد بن أحمد.

(6) من هنا إلى آخر القاعدة مقتبس من المقدّمات الممهّدات: 2/ 125 ـ 126.

وأمّا بَيْعُ المُرَابحةِ فإنّه على وجهينِ:

أحدُهما: أنْ يُبايِعَهُ على رِبْحٍ مسمًّى على جملةِ الشّيء[١].

الثّاني: أنْ يُبايعَهُ على أن يُرْبِحَهُ للدّرهم دِرهمًا، وللدّرهم نصف دِرْهَم، *وللعشرة أحد عشر درهمًا، أو أقلّ من ذلك أو أكثر، ممّا يتفقان عليه من الأجزاء.

فأما إذا بَايَعَهُ على أن يُربِحَهُ للدّرهم درهمًا، أو للدّرهم نصف درْهَم*[٢]، أو للعشرة أحَدَ عَشَر دِرْهَمًا وما أشبه[٣] ذلك، فإنّ ما كان في السّلعةِ المبيعة ممّا له عينٌ قائمةٌ، كالصبغ والكِمْرِ والفَتْلِ وما أشبه ذلك، فإنّه بمنزلةِ الثّمَنِ يُحسَبُ، ويُحسَبُ له الرّبح.

وأمّا ما ليس له عينٌ قائمة، فإنّه على وجهين:

أحدهما: ما يختصّ بالمُبْتَاعِ.

والثّاني: ما لا يختصُّ به، على وجوهٍ نُبَيِّنُها إن شاء الله.

القاعدةُ الرّابعة[1]

قولُه عليه السلام: «لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الْفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ، وَلا الْبُرَّ بِالْبُرِّ. . .» الحديث إلى قولِهِ: «إلاَّ سَواءً بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بِعَيْنٍ، يَدًا بِيَدٍ»[2] فقال العلماءُ: الجهلُ في التّمَاثُلِ في فسادِ البَيْعِ كالعِلْمِ بالتّفاضُلِ؛ لأنّ النّبيّ عليه السّلام شَرَطَ السّواءَ في الكَيْلِ والمِثْلَ في العدَدِ[٤]، واتّفقَ عليه جميعُهم، إلاّ أنّ مالكًا قال: إنّ العِلْمَ بالتّماثُلِ يجوزُ أن يُدْرَكَ بالتّحرّي في الأموالِ الرّبَوِيّةِ، ونَصّ على ذلك في البَيْضِ بالبَيْضِ، والخُبْزِ بالخُبزِ، واللّحمِ باللّحمِ، والقَدِيْد باللّحم، وشبه ذلك.

واختلفَ علماؤُنا في نقل ذلك عنه، فتارةً جعلوهُ عامّاً، وتارةً جعلوهُ خاصًّا فيما ذكرنا، والصّحيحُ عمومُه؛ لأنّ مالكًا جعلَ الحَزْرَ والتّخْمِينَ طريقًا من المعرفةِ بالظّاهرِ من

(١) المقدّمات: «الثمن».

(٢) ما بين النجمتين ساقط من الأصل بسبب انتقال نظر النّاسخ، وقد استدركناه من المقدّمات.

(٣) في الأصل: «وما أمنه» وهو تحريف، والمثبت من المقدّمات.

(٤) في القبس: «في القدْر».

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 787 ـ 788.

(2) سبق تخريجه صفحة: 17، التعليق رقم: 4.

التّماثُلِ، إذِ الكَيْلُ لا يُوصَلُ به إلى حقيقةِ التّماثُلِ، إذ يجوزُ أن يتفاضلَ الكَيْلانِ والمُدّانِ في وَضْعِ القمح فيهما، فالّذي أخذَ على المُكلَّف(١) القصدُ إلى التّماثُلِ فعلاً، والقصدُ إلى اجتنابِ التّفاضُلِ بمعيارٍ شرعيٍّ، والحَزْرُ والتَّخْمِينُ معيارٌ في الشَّرعِ أيضًا.

ويَحتَمِلُ أن يكونَ مالكٌ أجرَى ذلك في اليسيرِ، وحيثُ لا يَحْضُرُ الكَيْلُ، والله أعلم.

القاعدةُ الخامسةُ[1]
القولُ بالعُرْفِ

قلت للفقيه أبي بكر[2]: إنّ الله قال: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ الآية[3]، فهذه حُجَّةٌ في القضاءِ بالعُرْفِ.

قال: ليس المرادُ هُهنا بالعُرْفِ العَادَةَ، وإنّما المرادُ به المعروفُ الّذي هو ضدُّ المُنْكَرِ.

قلتُ له: فقد قال الله تعالى في قصّةِ يوسفَ: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ﴾ الآية[4].

قال: ذلك شَرْعٌ لمن قَبْلَنَا، وليس بشَرْعٍ لنا.

فَسَكَتُّ، وهو مِمّا لم يَقَعْ فيه إنصافٌ؛ لأنّه ليس في مذهب مالك خِلاَفٌ في أن شَرْعَ من قَبْلَنَا شَرع لنا، وأوّلُ من تفطَّنَ لهذا من فقهاءِ الأمصارِ مالكٌ، وعليه عَوَّلَ في كلِّ مسألةٍ[5].

وقد اتّفَقَ العلماءُ على حُكْمٍ؛ وهو: إذا باعَ الرَّجُلُ سِلْعَةً بدينارٍ فإنّه يُقْضَى له بغالِبِ نقدِ البَلَدِ، ولا يُنْظَرُ إلى سائرِ النُّقُودِ المختلفةِ، فيحكمُ بفسادِ البَيْعِ حتى يُعَيِّنَ منها واحدًا.

---

(١) في الأصل: «التكليف» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 788 ـ 789.

(2) في القبس: «قال لنا أبو القاسم بن حبيب قال لنا الفقيه عبد الخالق: قلتُ للفقيه أبي بكر بن عبد الرّحمن الخولانيّ».

(3) الأعراف: 199، وانظر أحكام القرآن: 2/ 823 ـ 825.

(4) يوسف: 26.

(5) انظر المقدمة في الأصول لابن القصّار: 149 ـ 152.

ومن أعظم[١] مسائل العُرْفِ والعادَةِ مسألةُ العهدةِ، وقد انفرد بها مالكٌ دونَ سائرِ الفقهاءِ، وقد رَوَى في ذلك ابنُ وَهْبٍ أنَّ النَّبيَّ عليه السّلام قضَى في العُهْدَةِ بثلاثة أيّامٍ وأربعةٍ[٢][1]، وهي أنّ السّلْعَةَ بعد قَبْضِ المُبْتَاعِ في ضمانِ البائعِ حتّى تمضِيَ ثلاثةُ أيّامٍ من وقتِ البَيْعِ، في كلِّ آفَةٍ تَطْرَأُ على المَبِيعِ، ما عَدَا الجُنُونَ والجُذَامَ والبَرَصَ فإنّه يُقْضَى فيها بعُهْدَةِ سَنَةٍ، وَعوَّلَ علماؤنا على أنَّ هاتين[٣] العُهْدَتَيْنِ إنّما يُقْضَى بهما لمن يَشْرُطُهما، أو حيث تكونُ العادةُ جاريةً بها.

وقد قال قومٌ: إنّها إنّما كانت في المدينة لِكَثْرَةِ حُمَّاهَا، والحُمَّى لا تنكشفُ إلاّ في الرّابعِ[٤]، وهذا غَلَطٌ بيِّنٌ، فإنَّ الباريءَ تعالى قد نقلَ الحُمَّى عن المدينةِ ـ ببركة النَّبِيِّ الصَّادقِ ﷺ ـ إلى الجُحْفَةِ، حتّى لم يبقَ لها أَثَرٌ إلى يومنا هذا[2]، مع أنّها تَحُلُّ بين حَرَّتَيْنِ، وهي إحدى معجزاتِهِ.

القاعدةُ السّادسةُ[3]
في معرفةِ الغِشِّ

وهو كَتْمُ العَيْبِ، يكتمُهُ البائعُ عَنِ[٥] المُبْتَاعِ إذا جَهِلَهُ، وذلك ممنوعٌ عادةً وممنوعٌ شرعًا، فإنّ جِبِلَّةَ[٦] الجِنسيَّةِ تقتضي بحكم الاعتياد[٧] ألاّ يَرْضَى أحدٌ لجِنْسِه إلاّ بما يرضَى به لنفسه، والشّريعةُ قد مَنعت منه تحقيقًا لهذا الغَرَضِ، وقد مرَّ رسولُ اللّهِ ﷺ

(١) في الأصل: «أعلم» والمثبت من القبس.
(٢) في القبس: «أو أربعة».
(٣) في الأصل: «على هذين» والمثبت من القبس.
(٤) في الأصل: «الربيع» والمثبت من القبس.
(٥) ف: «على» والمثبت من القبس.
(٦) في الأصل: «الجملة» والمثبت من القبس.
(٧) في الأصل: «حكم الاعتبار» والمثبت من القبس.

(1) قال سحنون في المدوّنة: 3/ 334 عن ابن وهب؛ عن سلمة بن عليّ، عمن حدّثه، عن عقبة بن عامر الجهني؛ أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «عهدة الرّقيق أربعة أيام أو ثلاثة».
(2) انظر صفحة: 187، من الجزء: 7
(3) انظرها في القبس: 2/ 789 ـ 790.

على رَجُلٍ يبيعُ طعامًا مُضبَرًا، فأدخلَ يدَهُ في(١) الصُبْرَةِ، فرأى فيها بَلَلاً قد أصَابَتْهُ السَّمَاءُ، فأَخْرَجَهُ إلى ظاهرِ الصُبْرَةِ، وقال: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»[1].

ويدخلُ فيه بيعُ الصُبْرَةِ يعلَمُ البائعُ كَيْلَها ولا يَعْلَمُ المُبْتَاعُ ذلك، فلا يجوزُ حتَّى يَعْلَمَا ذلك جميعًا أو يَجْهلاَ ذلك جميعًا، وهي مسألةٌ يُحاجَى(٢) بها على الطَّلَبَةِ، فيقال لهم: هل يجوزُ بَيْعُ المُجازَفَةِ؟ فيقولون(٣): لا، وذلك جائزٌ، فإنّهما إذا جَهلاها(٤) جميعًا، أو عَلِمَاها جميعًا، جازَ ذلك كما قدَّمنا، وإنّما يَمْتَنِعُ ذلك من الجهةِ الواحدةِ(٥).

ومِنْ ذلك: يَدْخُلُ الرَّجُلُ السُوقَ بِفَصٍّ يَظُنُّه زُجَاجًا، فإذا رآهُ المشتري تحقَّقَ أنّه فَصُّ ياقوتٍ، فهذا غِشٌّ، إنِ انعقدَ البَيْعُ عليه لم يَجُزْ، وكان البائعُ بالخِيَارِ، ونظائرُهُ كثيرةٌ.

القاعدةُ السابعةُ[2]

اعتبارُ الحاجةِ في تجويزِ(٦) الممنوعِ، كاعتبار الضَرورةِ في تحليلِ المُحَرَّمِ.

ومن ذلك: استثناءُ القَرْضِ من تحريمِ بَيْعِ الذَّهبِ بالذَّهبِ إلى أجلٍ، وهو شيءٌ انْفَرَدَ به مالكٌ ولم يجوِّزه أحدٌ من العلماءِ سِوَاهُ، لكنَّ النَّاسَ كلَّهم اتَّفقوا على جوازِ التَّأخيرِ(٧) فيه من غيرِ شَرْطٍ بِأَجَلٍ(٨)، فإذا جازَ التَّفرُّقُ قبلَ التَّقابُضِ بإجماعٍ، فضَرْبُ الأَجَلِ أتمُّ(٩) للمعروفِ وأَبْقَى للمَوَدَّةِ.

وَعَوَّلَ في ذلك علماؤُنا على قولِ النَّبيِّ عليه السَّلام: «أنَّ رَجُلاً كَانَ فِيمَنْ قَبْلَكُمْ

(١) في الأصل: «إلى» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل: «يحاج» والصواب ما أثبتناه.
(٣) في الأصل: «فيقولان» والمثبت من القبس.
(٤) في الأصل: «جهلاه» والمثبت من القبس.
(٥) «الواحدة» استدركناها من القبس.
(٦) في الأصل: «اختبار في تحديد» والمثبت من القبس.
(٧) في الأصل: «النّظر» والمثبت من القبس.
(٨) في الأصل: «باطل» والمثبت من القبس.
(٩) «أتم» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من القبس.

....

(1) رواه مسلم (101) من حديث أبي هريرة.
(2) انظرها في القبس: 2/ 790 ـ 791.

اسْتَسْلَفَ مِنْ رجُلٍ أَلْفَ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ، فَلَمَّا جَاءَ الأَجَلُ، طَلَبَ مَرْكَبًا يَخْرُجُ فِيهِ إِلَيْهِ، فَلَمْ يَجِدْهُ، فَأَخَذَ قِرْطَاسًا وَكَتَبَ فِيهِ إِلَيْهِ، وَنَقَرَ خَشَبَةً فَجَعَلَ فِيهَا الْقِرْطَاسَ وَالأَلْفَ دِينَارٍ، وَرَمَى بِهَا فِي الْبَحْرِ، وَقَالَ: اللَّهُمَّ إِنَّهُ قَدْ قَالَ لِي حِينَ دَفَعَهَا إِلَيَّ: اشْهَدْ لِي، قُلْتُ: كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا، وَقَالَ: ائتِ بِكَفِيلٍ، قُلْتُ: كَفَى بِاللَّهِ وَكِيلاً، اللَّهُمَّ إِنَّكَ أَنْتَ الكَفِيلُ بِإِبْلاغِ الأَلْفِ، قَالَ: فَخَرَجَ صَاحِبُهُ إِلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ يَحْتَطِبُ، فَرَفَعَ الْبَحْرُ لَهُ الْعُودَ فَأَخَذَهُ، فَلَمَّا فَلَقَهُ وَجَدَ الْمَالَ والْقِرْطَاسَ، ثُمَّ إِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ وَجَدَ مَرْكبًا فَأَخَذَ[١] الْمَالَ ورَكِبَ فِيهِ وحَمَلَ المالَ إِلَيْهِ، فَلَمَّا عَرَضَهُ عَلَيْهِ قَالَ لَهُ: قَدْ أَدَّى اللَّهُ عَنْكَ أَمَانَتَكَ»[1].

فإن قيل: هذا شَرْعُ مَنْ قَبْلَنَا.

قلنا: كلُّ مَا ذَكَرَ النَّبِيُّ لنا ممَّا كان عَمَلاً لِمَنْ قَبْلَنَا في مَعْرِضِ المدحِ فإنّه شَرْعٌ لنا، وقد مهَّدنا ذلك في «الأصولِ»[2].

ومن ذلك: حديثُ العَرَايَا، وبَيْعُ التَّمْرِ على رؤوسِ النَّخلِ بالتَّمرِ الموضوعِ على الأرضِ.

ومن ذلك: استثناءُ نَخْلَةٍ من النّخلاتِ، وذلك جائزٌ في القليلِ دونَ الكثيرِ، وبناهُ علماؤُنا وكثيرًا من مسائل البيوع[٢] على أنّ المُسْتَثْنَى هل هو مَبِيعٌ مردودٌ[٣] بالاستثناء، أو مُبقًى على أصلِ المِلْكِ، وهذه جهالةٌ عظيمةٌ، وخَلْطُ النّسخ بالاستثناءِ، فإنّه لا خلافَ بين العقلاءِ ولا بين العلماء في أنّ النّسْخَ رَفْعٌ بالخطابِ الثّاني[٤] لِمَا تضمَّنَهُ الخطابُ الأوّلُ[3]، وأنّ الاستثناءَ بَيَانٌ بالخطابِ الثّاني لِمَا احْتَمَلَهُ الخطابُ الأوّلُ من عمومٍ أو خصوصٍ[4].

ولو أنّ أحدًا من العلماءِ يقولُ: إذا قالَ الرّجلُ لزوجه: أنتِ طَالِقٌ ثلاثًا إلاّ واحدَةً،

---

(١) ف: «فاتخذ» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «الخلاف» والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «ممنوع» والمثبت من القبس.

(٤) في الأصل: «. . . رفع فجاء بخطاب» والمثبت من القبس.

....

(1) أخرجه البخاري (2291) معلّقًا، من حديث أبي هريرة، وقد وصله في الحديث (2063).

(2) انظر أحكام القرآن: 1/ 271.

(3) انظر في تعريف النّسخ عند المؤلّف: عارضة الأحوذي: 7/ 232، والمحصول في علم الأصول: لوحة 62/ أ.

(4) انظر المحصول في علم الأصول: لوحة 32/ ب، والإحكام: 3/ 1128.

أنّه يلزَمُه الثّلاثُ؛ لأنّها قد دخلت في الثّلاثِ، ولو أراد أن يُخرِجَها بعد إدخالها لكان حرامًا؛ لإجماع[١] الأمّةِ.

وكذلك لو قال رَجُلٌ لزوجه: أنتِ طالقٌ إلاّ أن يشاءَ فُلاَنٌ، فإنّه لم يَقُلْ أَحَدٌ من الأُمَّةِ: إنَّ الطَّلاقَ قَدْ وَقَعَ، والاستثناءَ بعد ذلك رفعٌ له، وإنّما هو شرطٌ موقوفٌ عليه، فلا تُعَوِّلُوا على هذه المسألةِ في شيءٍ من الفروعِ فإنّه أصلٌ باطلٌ.

القاعدةُ الثّامنةُ[1]

في حالة الجَهَالَةِ

قدِ اتَّفقتِ الأُمّةُ على أنّه لا يجوزُ إلاّ بيعُ معلومٍ بمعلومٍ بأيِّ طريقٍ مِن طُرُقِ العلمِ وَقَعَ، وإنّما اختلفَ العلماءُ في تفاصيلِ طُرُقِ العِلْمِ:

فمنها ما قاله مالك[2] وأبو حنيفة[3]؛ أنّ البَيْعَ على الصِّفةِ يجوزُ[٢]، وخَصَّصَهُ مالكٌ في بَيْعِ البَرْنَامَجِ[4] ولا يَدْرِي ما في جَوْفِه.

وقال الشّافعيُّ[5]: لا يجوزُ[٣] في ذلك البَيْعُ على الصِّفَةِ؛ ليس[٤] لأنَّ الصِّفَةَ ليست طريقًا[٥] إلى العِلْمِ، ولكنّ[٦] لأنَّ الصِّفَةَ بَدَلٌ عن[٧] المعاينةِ، والأخذُ بالبَدَلِ لا يجوزُ إلاّ مع عَدَمِ القُدْرَةِ على المبدَلِ، وههنا تُمكِنُ الرُّؤْيَةُ لِمَا في البَرْنَامِجِ بِحَلِّهِ.

---

(١) القبس: «لكان خارقًا لإجماع» وهي سديدة.
(٢) في الأصل: «لا يجوز» والمثبت من القبس.
(٣) في الأصل: «يجوز» والمثبت من القبس.
(٤) «ليس» زيادة من القبس.
(٥) ف: «الصفة طريق» والمثبت من القبس.
(٦) «لكن» زيادة من القبس.
(٧) في الأصل: «تدلّ على» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 791 - 792.
(2) انظر المدونة: 3/ 255، والتفريع: 2/ 170، والمعونة: 2/ 978.
(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 74.
(4) انظر المدونة: 3/ 257، والتفريع: 2/ 171، والمعونة: 2/ 981، والبرنامج هو مُعَرَّب برنامه بالفارسية، معناه: الورقة المكتوب فيها ما في العدل. انظر تفسير غريب الموطّأ: 1/ 388، والتعليق على الموطّأ للوقّشي: 2/ 140.
(5) في الأم: 6/ 120 (ط. قتيبة).

قلنا: في حَلِّهِ مشقَّةٌ، فَلْيُعَوَّلْ[١] على خَبَرِ الواحِدِ، ويجوزُ العملُ على خَبَرِهِ إجماعًا في سَلاَمَةِ السِّلْعَةِ وعَيْبِها وفي طيبِ النَّقْدِ وزَيْفِهِ[٢].

وكذلك يجوزُ العملُ في صفَةِ المَبِيعِ[٣] وحِلْيَتِهِ، والصِّفةُ طريقٌ إلى العلمِ بلا خلافٍ، فَوَجَبَ أن يُصَارَ إليها عند الحاجةِ، وكذلك يجوزُ المصيرُ إلى البَدَلِ عند الحاجةِ في العباداتِ، فكيفَ في المعاملاتِ!؟.

ومسألةُ البَرْنَامجِ مسألةٌ عظيمةٌ للتُّجَّارِ، فهم يتبايعونَ على ذلك، ولا يختلفونَ في الأغلبِ[1]، وهذا مُستمدٌّ من قاعدةِ المصلحةِ في رَفْعِ الحَرَجِ والمشقَّةِ عن الخَلْقِ، وقد شاهَدْتُ ذلك، بأن يخرج كلّ أحدٍ برنامجه، ويبيعه منه على الصِّفةِ، ولا يختلفونَ، وهي أمانةٌ عظيمةٌ.

القاعدةُ التّاسعةُ[2]

ثبتَ عن النَّبيِّ عليه السَّلام في المبيعاتِ[٤] النّهي عن سبع وثلاثين منها:

1 ـ الغَرَرُ.

2 ـ المُلاَمَسَةُ.

3 ـ وَالمُنَابَذَةُ[٥].

4 ـ حَبَلُ الْحَبَلَةِ.

5 ـ الْمَلاَقِيحُ.

---

(١) في الأصل: «فنقول» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «وزنته» والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «البيع» والمثبت من القبس.

(٤) في الأصل: «البيعات» والمثبت من القبس.

(٥) «المنابذة» استدركناها من القبس.

(1) يقول المؤلف في العارضة: 5/ 238 «وقد شاهدتُ التّاجر يأتي برحله من أقصى المغارب فيلقى الآخر يأتي به من أقصى المشارق، فيُخْرِجُ كلّ واحد برنامج [كذا] ويقف صاحبه عليه، وسلم كلّ واحد شدائده على الصّفة، وينقلب كل واحدٍ منهما إلى موضعه، فلا يلقيان أبدًا، وبلغني ألاّ يجد خلافًا عمّا فيه، وهي أمانة عظيمة وعادة كريمة».

(2) انظرها في القبس: 2/ 792.

6 ـ الْمَضَامِينُ
7 ـ بَيْعُ الْحَصَى.
8 ـ بَيْعُ الثُّنْيَا.
9 ـ بَيْع العُرْبَان.
10 ـ شَرْطَانِ فِي بَيْع.
11 ـ بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ.
12 ـ بَيْعُ ثمرةٍ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهَا.
13 ـ الْمُزَابَنَةُ.
14 ـ المُحَاقَلَةُ.
15 ـ المُخَابَرَةُ.
16 ـ المعاومة[١].
17 ـ الرُّطَبُ بِالتَّمرِ.
18 ـ الكَرْمُ بالزَّبِيبِ.
19 ـ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى.
20 ـ وعن[1] بَيْعٍ وَسَلَفٍ.
21 ـ لا تُصَرُّوا الإِبلَ والغَنَمَ.
22 ـ وَنَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ.
23 ـ وَنَهَى عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ.
24 ـ وَنَهَى عَنْ حُلْوَانِ الكَاهِنِ.
25 ـ وَنَهَى أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لبادٍ.
26 ـ النَّجَشُ[٢].
27 ـ بيعُ الرَّجُلِ على بَيْعِ أخِيهِ.
28 ـ رِبْحُ ما لم يَضْمَنْ.

---

(١) ف: «المعاوضة» والمثبت من القبس.
(٢) «النجش» ساقطة من الأصل، واستدركناها من القبس.

....

(1) أي: ونهى عن بيع وسلف.

29 ـ التَّفرِقَةُ بَيْنَ الأُمِّ وَوَلَدِهَا.

30 ـ كِرَاءُ الأَرْضِ.

31 ـ عَسِيبُ الْفَحْلِ.

32 ـ بَيْعُ نَقْعِ الماءِ.

وَنَهَى عَنْ بَيْعِ:

33 ـ الْخَمْرِ.

34 ـ والميتة.

35 ـ وَالدَّمِ.

36 ـ والأَصنامِ.

37 ـ ونَهَى تعالى عن البَيْعِ يوم الجمعة.

فهذه سبعةٌ وثلاثون مَبِيعًا وَرَدَ النَّهيُ عنها، قَبَضَها[١]: «مسلم» و«البخاريّ» و«التِّرمذيّ» و«أبو داود» و«النّسائي» فاطلبوها فيها.

تفصيل وشرح ما تقدّم

فأمّا «الغَرَرُ» فهو كلُّ أمرٍ خَفِيَت[٢] عاقبتُهُ وانْطَوَى أَمْرُهُ. وقفَ رُؤبة على رَجُلٍ فَسَاوَمَهُ ثَوْبًا، فَقَلَّبَهُ فَلَمْ يُعْجِبْهُ، فقال له: أَعِذْهُ على غَرِّهِ. ذَكَرَهُ[1] مسلم[2] من طريقِ أبي هريرةَ، ولم يذكره البخاريُّ؛ لأنَّ راويًا واحدًا مَزَجَهُ مَعَ المُلاَمَسَةِ والمُنَابَذَةِ، وسائرُ رواةِ الحديثِ لم يُدخِلوهُ، فتوقَّعَ البخاريُّ أن يكونَ تفسيرًا للمُلاَمَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ، إذ هو في الدَّرجةِ الثّانيةِ من الحديثِ، وقد زَهَقَ عنِ الأُولَى، فلو قال النَّبيُّ ﷺ: «لاَ تَبَايَعُوا غَرَرًا»

---

(١) في القبس: «قبضتها يد الإسلام» وهي سديدة.

(٢) في الأصل: «خيفت».

....

(1) الظّاهر أنّه سقطت قبل قوله: «ذكره» عبارة: «نهى عن بيع الغرر وبيع الحصاة» وقد ذكرها المؤلّف في العارضة: 5/237، وبها يستقيم المعنى.

(2) الحديث (1513).

لكان في الدَّرجةِ الأُولى، ولو قال: «لا تبَايَعُوا هَكَذَا» وأشارَ إلى قِصَّةٍ فيها غَرَرٌ، لَعَلَّلْنَا وعدَّيْنَاهَا[١] إلى نظائرها.

وأمّا «الْمُلاَمَسَةُ» و«الْمُنَابَذَةُ» فهو بَيْعٌ كان أهل الجاهليّة يتبايعونَهُ، وفي تفسيرِهِ خلافٌ، كلُّه يرجعُ إلى المُخَاطرةِ والجَهَالةِ، منه أن يقولَ: إذا لَمَسْتَ الثَّوبَ فقد وَجَبَ البَيْعُ، وإذا نَبَذْتُ هذه الحصاةَ الّتي في يَدِي، فهو[٢] بيعُ الحَصَى أيضًا، أو إذا[٣] جعلتُ الحَصَاةَ على هذا الثَّوب[1].

وأما «حَبَلُ الْحَبَلَةِ» فقيل: هو بَيْعُ النّتاجِ الثّاني، وبيعُ الموجودِ المجهولِ لا يجوزُ، فكيف المعدومُ؟!.

وقيل: كانوا يجعلونَهُ أجَلاً، فلا يجوزُ إن كانَ مجهولاً، وإن كان ميقاتًا معلومًا ـ كما قال مالك في الجدَادِ والعطاء ـ فذلك جائزٌ[2].

وأما «المَلاَقِيحُ» فهي ما في ظُهورِ الفُحولِ، و«المَضَامِينُ» ما في بطونِ الإناثِ، وذلك مجهولٌ معدومٌ، وقد قال جميعُ أهلِ اللُّغةِ: إنّ الملاقيحَ ما في بُطونِ الإناثِ، وأطالوا في ذلك الكلامَ، واستشهدوا في ذلك بالأشعارِ، ونحن لا نحتاجُ إلى ذلك؛ لأنّه لا يجوزُ كَيْفَمَا كانَ[3].

وأمّا «الثُّنْيَا»[4] فهي في اللُّغة عبارةٌ عن الرُّجوعِ إلى ما مضَى، أو عن ما مَضَى،

---

(١) في الأصل: «لقلنا وعر ما» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «وهو» والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «وإذا» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر العارضة: 5/ 237 ـ 238.

(2) يقول المؤلِّف في العارضة: 5/ 236 ـ 237 «بيعُ الحبلة: وهو بيعٌ كانت تبايعه أهل الجاهلية، كان الرّجل منهم يبتاع من الآخر ولد النّاقة، وإن بيع الحمل لا يجوز للغَرَر في وجوده وانفصاله وصفته، فكيف ولد ولده؟».

(3) يقول المؤلِّف في القبس: 2/ 794 «ولم أجد النّهي عن الملاقيح والمضامين مُسْنَدًا، إلاّ أنّه ورد في الموطّأ من قول سعيد بن المسيِّب أنّه نَهَى عن المضامين والملاقيح وفسّرهما».

(4) الثُّنْيَا في البيع: أن يَسْتَثْنِيَ منفعةَ المبيعِ أو شيئًا منه، وأصلُه: من ثنا ثناه عن حاجته: إذا ردّه عنها، كأنّه ردّ بعض المبيع إليه. قاله الرّكبي في النظم المستعذب: 1/ 238، وانظر مشارق الأنوار: 1/ 132، والمغني لابن باطيش: 1/ 316، والنهاية لابن الأثير: 1/ 224، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 131.

ويتصرَّفُ في البَيْعِ على وجوهٍ كثيرةٍ، منها؛ إنْ جئتَنِي بالثَّمَنِ إلى وقتِ كذا رَدَدْتُ عليك، وإن لم تأْتِنِي إلى وقتِ كذا فلا بَيْعَ بيني وبينَكَ، وفي ذلك تفصيلٌ بين علمائنا، منه جائزٌ ومنه ممنوعٌ، يأتي بيانُه إن شاءَ الله.

وأمّا «بَيْعُ العُرْبَانِ» فقد فَسَّرَهُ مالك، وتفسيرُهُ يرجِعُ إلى قاعدةِ: أكْلِ المالِ بالباطلِ؛ لأنه قال[1]: «إِنْ تَمَّ الْبَيْعُ فَالْعُرْبَانُ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ الْبَيْعُ فَالْعُرْبَانُ لَكَ، وَإِذا كَانَ لَمْ يَتِمّ فَفِي مُقَابَلَةِ مَنْ يَكُونُ» رواه مالك[2] عن «صحيفة عَمْرو بن شُعَيب» وهي صحيحةٌ صحَّحَهَا البخاريّ في حديثِ «الرُّباعيات»[(١)][3] وصَحَّحَهَا الدَّارَقُطْنِي[4]، فإذا وَجَدْتُمُ الطَّريقَ إليها صحيحًا فَخُذُوا بها، وإنّما تَرَكَهَا أكثرهُم لعَدَمِ الثِّقَةِ في طريقِها[5]، لا لِعَدَمِ في ذاتها.

وقد اعترضَ عليها بعضُهُم[6] فقال: إنّما ردُّها لاحتمالها؛ لأن عَمْرو بن شُعَيب بن محمّد بن عبد الله بن عَمْرو إذا قال عن *جدِّه، احتملَ أن يكونَ الأقربَ، فيكونُ مُرْسلاً، واحتمَلَ أن يكونَ*[(٢)] جدَّهُ الأعلى، فسَقَطَ بالاحتمال. وليس هذا بلازم؛ لأنّ عبدَ الله بنَ عَمْرٍو كَتَبَهَا عنِ النّبيّ عليه السّلام[7] وصارت مُتَوَارَثَةً[(٣)] في أولادِهِ متوالِدةً في أحفادِهِ[(٤)]،

---

(١) في الأصل: «الرابعيات» والمثبت من القبس.

(٢) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، وقد استدركناه من القبس: 16/114 (ط. هجر).

(٣) في الأصل: «متواترة» والمثبت من القبس.

(٤) في القبس: «متداولة في عَقِبِه».

....

(1) بنحوه في الموطأ (1782) رواية يحيى.

(2) أي روى حديث: «أنّ رسولَ اللهِ نَهَى عن بيع العربان» رواه مالك في الموطأ (178) رواية يحيى.

(3) انظر تاريخ البخاري: 6/342 ـ 343.

(4) في سُنَنِهِ: 3/50.

(5) انظر الكلام على هذه الصحيفة:

(6) انظر الجرح والتّعديل: 6/238، والمجروحين لابن حبان: 2/72 ـ 73، وسير أعلام النبلاء: 5/167.

(7) وهذه الأحاديث التي كتبها عبد الله بن عمرو جمعها في صحيفة واحدة كان يسمِّيها «الصحيفة الصادقة»، يقول ـ رضي الله عنه ـ: «ما يُرَغِّبُنِي في الحياة إلاّ خصلتان: الصادقة، والوَهْطُ. فأمّا الصادقة: فصحيفةٌ كتبتُها عن رسول الله ﷺ. وأما الوَهْطُ: فأرض تصدّق بها عمرو بن العاص كان يقوم عليها» أخرجه الدارمي (502)، والرّامَهُرْمُزي في المحدِّث الفاصل: 367.

فإنْ أرادَ عن جدِّه الأقرب وهو محمّدٌ، فمحمّدٌ إنّما أخذَ الصّحيفةَ عن عبد الله، ولو أن مَالِكًا يَقِفُ عليها مثلاً لجازَ لَهُ أن يقولَ: قال رسولُ الله، وهكذا نحنُ إلى يوم القيامةِ.

وقد كان عند أولاد تَمِيم الدّاريّ بِحَبْرُونَ - قريةِ إبراهيمَ - كِتَابُ النّبيِّ ﷺ في قِطْعَةٍ من أَدِيم[(١)] فيه[(1)]: «بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيم، هَذَا مَا أَقْطَعَ مُحَمّدٌ رَسُولُ اللهِ تَمِيمًا الدَّارِيَّ؛ أَقْطَعَهُ قَرْيَتَيْنِ حَبْرُون[(2)] وعَيْنُون[(3)] - قريتي إبراهيم الخليل - يسير فِيهِمَا بِسِيرَتِهِ» وشاهدَ النّاسُ كِتَابَهُ، إلى أن دَخَلَتْهُمَا الرُّومُ سنةَ ثنتين وتسعينَ، ولقد اعترضَهُ فيهما بعض الولاةِ ليأخُذَهما من يده إبّانَ كونِي بالشّام[(٢)]، فحضَرَ مجلسَه[(٣)] القاضي حَامِدٌ الهرويُّ[(4)] وكان حَنَفِيًّا في الظّاهر، ومعتزليًّا في الباطنِ، مُلْحِدًا شَاغِبًا[(٤)]، وكان الوالي سُكْمَانَ بن أرتق[(5)(٥)]، فاستظهرَ أولادُ تَمِيمٍ بكتابِ النّبيِّ[(٦)]، فقال القاضي حامدٌ: هذا الكتابُ لا يَلْزَمُ؛ لأنَّ النّبيَّ[(٦)] أَقْطَعَ

---

(١) ف: «كتاب النبي قطعه لتميم والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «... بيده أنا وكذا بالسّلام» وهو تصحيف ظاهر، والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «مجلس» والمثبت من القبس.

(٤) في القبس: «شيعيا».

(٥) في القبس: «يكمان بن ارتيدتك» وقد تصحف هذا الاسم تصحيفًا شديدًا.

(٦) ﷺ.

....

(1) انظر روايات لهذا الكتاب في مجموعة الوثائق السياسية: 100 - 102 لحميد الله.

(2) انظر معجم البلدان: 2/ 212.

(3) انظر معجم ما استعجم: 1/ 420، ومعجم البلدان: 4/ 180.

(4) ذكر المؤلِّف في العواصم: 43 (ط. طالبي) أنّه لقيه في عسقلان، يقول عنه أبو الوفاء القرشي في الجواهر المضيّة: 3/ 24 «كان عارفا بعلم الكلام على مذهب المعتزلة. وقال ابن العديم: كان فقيهًا حنفيًا، قرأ ببلده المبسوط وشرحه، والخلافيات، ومهر في علم النّظر وجرى له بمصر مناظرات مع جماعة من المتكلمين، منهم المقدّم على مذهب الإسماعيلية داعي الدّعاة أبو نصر هبة الله، وردّ عليه في كتاب سمّاه «الهدى والإرشاد لأهل الحيرة والعِنَاد» ومن تصانيفه كتاب «تحقيق الرسالة بأوضح الدّلالة» في النبوات، توفي سنة: 482». وانظر أخباره في زبدة الطلب: 2/ 19 - 20، وسير أعلام النبلاء: 8/ 586، وميزان الاعتدال: 3/ 462.

(5) يذكر القلقشندي في مآثر الإنافة في معالم الخلافة: 2/ 5 أن أتسز [والملاحظ أنّ ياقوت سمّاه في المعجم: 5/ 171 سكمانًا] بن أرتق الخوارزمي أحد أمراء السلطان ملكشاه السلجوقي، تغلب على دمشق في سنة 468، وقطع الخطبة بها للمستنصر الفاطمي وخطب للمقتدي العباسي... ولم يخطب بعدها بالشام لأحد من الفاطميين بقي بها إلى ما بعد خلافة المقتدي.

مالا يَمْلِكُ، فاسْتُفْتِيَ الفقهاءُ، فقال الطُّوسي[1] ـ وكان بها حينئذٍ ـ: هذا كافرٌ، والنَّبيُّ ﷺ كان يُقْطِعُ الجنّةَ، ويقولُ: قصرُ عمرَ، وقصرُ فلانٍ[2]، فكيف لا يُقْطِعُ الدُّنيا وقد قال ﷺ: «زُوِيَت لِيَ الأَرْضُ» الحديث[3] فَوَعْدُهُ صادقٌ وكتابُهُ حقٌّ، فَخَزِيَ القاضي والوَالِي، وبَقِيَ أولادُ تَمِيم بكتابِهم في قريتِهم.

وأمّا «بيعتان في بيعةٍ»[١] فهو ثابتٌ من طريقِ أبي هريرةَ[4]، واختلفَ النّاسُ فيه وفي تفسيرِهِ على ستّةِ أقوالٍ[5]:

الأوّلُ: قال الشّافعيُّ[6]: هو أن يقولَ: أبيعُكَ داري بكذا وكذا، على أن تَبِيعَنِي غلامك بكذا، فإذا وجبَ لي غلامُك، وَجَبَتْ لك داري، وهذا يَنْبَنِي على بَيْعِ مجهولٍ بشيءٍ مجهولٍ، لا يدري[٢] كلُّ واحدٍ منهما على ما وقعتْ عليه صَفْقَتُهُ.

والثّاني: أن يقول له: أبيعُكَ ثوبي هذا بِنَقْدِ عشرة، أو بتأخير عشرين، ولا يفَارِقُه على إحدى البَيْعتينِ، هكذا قاله أبو عيسى[٣][7].

وأمّا «بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» فهو شيء قد اتّفقتْ عليه الأُمَّةُ، وهو من بابِ الغَرَرِ وإليه يعودُ[8]، إلاّ أنّي رأيتُ لمالك جوازَهُ في «العُتْبِيّة»[9] وقد تكلّمنا عليه في «كتب المسائل»،

---

(١) في الأصل: «شرطان في بيع» والمثبت الذي يناسب السّياق من العارضة.

(٢) العارضة: «. . . وهذا اتفاق على ثمن مجهول لا يدرى».

(٣) «قاله أبو عيسى» ساقطة من الأصل، واستدركناها من العارضة.

....

(1) لعلّه يقصد الإمام الغزالي.

(2) انظر البخاري (7024).

(3) أخرجه مسلم (2889) من حديث ثوبان.

(4) أخرجه أحمد: 2/ 432، 475، والدارمي (1379)، والترمذي (1231) وقال: «حديث حسنٌ صحيح»، والنسائي: 7/ 295، وأبو يعلى (6124)، وابن حبان (4973).

(5) انظرها في العارضة: 5/ 238ـ 240، وقد اقتصر المؤلّف هنا على ذكر قولين فقط.

(6) قول الشافعي نقله المؤلّف من الجامع الكبير للترمذي: 2/ 514، وانظر الحاوي الكبير: 5/ 341.

(7) في جامع الترمذي: 2/ 514.

(8) وصورة المسألة كما في العارضة: 5/ 239 «إذا جاء الرّجل فقال للآخر: اشتر لي، أو اشتر سلعة بكذا، أو بما اشتريتها، وبعها منّي بكذا».

(9) لم تقف عليه في العتبية.

وبيَّنَّا كيفيَّةَ خروج(١) مسألةِ مالكٍ على الأصل الجائزِ، وقلنا في بعض تأويلاته: إنّما جَعَلَهُ رَسولاً وَوَاسِطَةً ولم يَجْعَلْهُ بائعًا ولا مُبْتَاعًا[1].

فصل

وأمّا «بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهَا» فيأتي بيانه إن شاء الله[2]، وكذلك «المُزَابَنَة» و«المُحَاقَلَة» و«المُخَابَرَة» و«الرُّطَبُ بالتَّمْرِ» و«الكَرْم بالزَّبِيبِ» و«بيعُ الطَّعامِ قبل أن يُسْتَوْفَى».

وأمّا «بَيْعٌ وَسَلَفٌ» فإنّما نَهَى عنه لتضادِّ العَقْدَينِ(٢)، فإنّ البَيْعَ مَبْنِيٌّ على المشاحَّة والمغابنة(٣)، والسَّلَفُ مَبْنِيٌّ على المعروفِ والمُكَارَمَةِ، وكلُّ عَقْدَيْنِ(٤) يتضادّان وصفًا لا يجوزُ أن يجتمِعَا شَرْعًا، فاتَّخِذُوا هذا أصلاً[3].

وأمّا «التَّصْرِيَةُ» فاختلفَ العلماءُ فيها:

فمنهم من جعلَهَا عَيْبًا، فتكونُ من أكلِ المالِ بالباطلِ.

ومنهم من جعلَهَا غِشًّا، وقد بيَّنَّا ذلك في «**الخلاف**».

وأمّا «ثَمَنُ الْكَلْبِ» فلا يخلو أنْ يكون مأذونًا في اتّخاذه، أو غيرَ مأذونٍ، والحديثُ مَحْمُولٌ على ما حَرُمَ اتِّخَاذُهُ. فأمّا ما يجوزُ اتِّخاذُهُ فبيعُهُ جائزٌ، وقد اختلفَ علماؤُنا في ذلك:

ومَنْ قال منهم: لا يجوز بيعه، قال: تَلْزَمُ القِيمَةُ لمن أَتْلَفَهُ، فبعيدٌ عن الصَّوابِ، والصّحيحُ جوازُ البَيْعِ فيه من غيرِ كلامٍ، وقد قَرَّرْنَا ذلك في كتابِ «**الإنصاف لتَكْمِلَةِ** كتابِ

---

(١) «خروج» ساقطة من الأصل، واستدركناها من القبس.

(٢) في الأصل: «التّقدير» والمثبت من القبس: 16/ 116 (ط. هجر).

(٣) ف: «المشاهدة والمعاينة» والمثبت من القبس.

(٤) في الأصل: «عقد» والمثبت من القبس.

....

(1) الغريب أن المؤلّف عدّ هذا القول في العارضة: 5/ 241 فسادًا ظاهرًا.

(2) انظر صفحة: 72 من هذا الجزء. وانظر أيضًا العارضة: 5/ 233.

(3) انظر العارضة: 5/ 241. يقول البوني في تفسير الموطأ: 93/ ب «قال أبو محمد الأصيلي: ليس يوجد في النّهي عن البيع والسلف حديث مُسْنَدٌ عن النبيّ ﷺ إلاّ ما بلغ مالكًا عن النبي ﷺ أنّه نهى عن بيع وسلفٍ. وقال ابن أبي زيد: ثبتت السُّنّة أنّه نَهَى عن بيع وسلفٍ، ولم يذكر فيه حديث».

«الإِشراف» وقد تقدَّم القولُ في اقتنائه، وكلُّ ما جازَ اقتناؤُه جازَ الانتفاع به، صار مالاً وجازَ بذلك العِوَض فيه.

واختلفَ علماؤنا في بَيْعِهِ[1]، هل هو محرَّمٌ أو مكروهٌ ؟ وصرَّحَ مالك بالمنعِ في مواضع، والصَّحيحُ في الدَّليلِ جواز البَيْع، وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ بَيْعُهُ[3].

وظنَّ بعضُهُم أنّ النَّهيَ عن ثَمَنِ الكلبِ إنّما هو في المأْذُونِ في اتِّخاذِهِ؛ لأنّ المأمورَ بقَتْلِه لا يُنْهَى عن بَيْعِهِ.

قلنا: هذه غفلةٌ(١) عظيمةٌ، كان أَمَرَ بقتلها، ثم نَسَخَ الأمرَ بالقتلِ، وأَذِنَ في اتِّخاذِهِ(٢)[4]، وكان بعد ذلك جوازُ البيعِ أو النَّهيُ عنه.

وقال بعضُهُم: إنّه قَرَنَهُ بحُلْوَانِ الكَاهِنِ، فدلَّ على أنّه حرامٌ، ودليلُ القَرَائِنِ أضعفُ دليلٍ، لا يَشْتَغِلُ به المحقِّقُون من علمائنا.

فصل

وأمّا «السِّنَّوْرُ» فانفردَ مسلم بروايةِ النَّهيِ(٣) عن بَيْعِهِ[5]، فإن سَلِمَ عن العِلَّةِ الّتي ذكرناها في أوّلِ «الكتابِ»[6] فإنَّ ذلك محمولٌ على المصلحةِ، وأنّ النّبيَّ عليه السّلام أراد أنّ تكون(٤) السَّنَانِيرَ مسترسلةً على المنازلِ تحميها من الفَأْرِ من غير اختصاصٍ فَجَازَ.

وأمّا «حُلْوَانُ الكَاهِنِ» وهو الثّالث والعشرون من المحرّمات، فهو مُحَرَّمٌ بإجماعِ

---

(١) في الأصل: «عضلة» والمثبت من العارضة.
(٢) العارضة: «الاتخاذ».
(٣) في الأصل: «برواية الهر والنهي» ولعلّ الصواب ما أثبتنا.
(٤) «تكون» استدركناها من القبس.

....

(1) انظر هذا الكلام في العارضة: 5/ 278 ـ 279.
(2) انظر مختصر الطحاوي: 84، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 94.
(3) انظر الحاوي الكبير: 5/ 375.
(4) وهو الذي نَصَّ عليه الحازميّ في الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار: 189.
(5) الحديث (1569) عن جابر.
(6) في القبس: «شرح الصّحيح» ويمكن أن يستدلّ بهذه الإحالة على أن «شرح الصّحيح» هو المسالك.

الأُمَّةِ؛ لأنَّ ذلك من أَكْلِ المالِ بالباطلِ؛ لأنه مالٌ في مقابَلَةِ فِسْقٍ، لأنَّه ثمنٌ لِلكَذِبِ والضَّلالِ، فيكونُ محرَّمًا كالميتةِ والدَّمِ وما أشبهَ ذلك، لأنّه من بابِ معرفةِ طلبِ الغَيْبِ، وهذا ممّا لا يُدْرَكُ.

وأما «رِبْحُ مَا لَمْ يضْمَنْ» فإنّما لم يَجُز لأنَّ بيعَهُ لا يجوزُ؛ لأنَّ ما لم يَضْمَنْ، إمّا لأنّه لم يَمْلِكْهُ فيكون[١] من بيع ما ليس عندَك، وإمّا لأنّه غيرُ[٢] مقدورٍ على تسليمِهِ، فيكونُ من بابِ بَيْعِ الغَرَرِ والمُخَاطَرَةِ.

وأمّا «بَيْعُ حَاضِرٍ لِبَادٍ» و«النَّجش»[٣] و«بَيْعُ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ» فيأتي بيانُه إن شاء الله في «شرح الأبواب».

وأمّا «التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الأُمّ وَوَلَدِهَا» فاختلفَ العلماءُ فيه على ثلاثةِ أقوالٍ:

1 - فمنهم من قال: ذلك لِحَقّ الأُمّ في التَّوْلِيهِ، وقد وردَ في الحدِيثِ: «لا تُوَلَّهُ[1] والدةٌ على وَلَدِها»[2].

2 - وقيل: لحقّ الطِّفلِ[3].

3 - وقيل: لحقّ اللَّهِ.

فالبَيْعُ فاسدٌ في ذلك، إلاّ على القولِ بأنّه حقٌّ للأُمّ فيقِفُ على إجازتِهَا، وقد خَرَّجَ التّرمذيُّ[4] في ذلك حديث أبي أيوب: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا، فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ

(١) في الأصل: «... يضمن، كأنه فيكون» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «... عندك، وأيضًا فإنّه غير» والمثبت من القبس.

(٣) «والنجش» زيادة من القبس.

....

(1) أي لا يفرّق، انظر النهاية: 5/ 227.

(2) أخرجه البيهقي: 8/ 5 من حديث أبي بكر، وضعّف ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 15 سنده. كما أخرجه أبو عبيد في غريب الحديث: 3/ 65 من مرسل الزّهري، وراويه عنه ـ كما قال ابن حجر في التلخيص ـ ضعيف.
وأخرجه ابن عدي في الضعفاء: 6/ 418 من حديث أنس، في ترجمة مبشّر بن عبيد أحد الضعفاء.
وانظر خلاصة البدر المنير: 2/ 62.

(3) ذكره ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 1017 وعزاه إلى ابن الموّاز عن مالك، ونصّ على أنّه الأصوب.

(4) في جامعه الكبير: الحديث (1566)، وأخرجه أحمد: 5/ 412، والدارمي (2482)، والطبراني في الكبير (4008)، والدارقطني: 3/ 67، والحاكم: 2/ 55 وصححه، والقضاعي في مسند الشهاب =

أَبِيهِ» وهو حديثٌ حَسَنٌ غريبٌ، وذكر حديث عليّ بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ قال: «وَهَبَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ غُلاَمَيْنِ أَخَوَيْنِ، فَبِعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: مَا فَعَلَ غُلاَمُكَ؟ فَقُلْتُ لَهُ: بِعْتُهُ، فَقَالَ: رُدَّهُ»[1] حَسَنٌ غريبٌ.

وهي مسألةٌ غريبةٌ[2]، اختلفَ العلماءُ فيها على أربعةِ أقوالٍ:

الأوّلُ: أنّه لا يُفَرَّق بين والدةٍ ووَلَدِها، ولا بينَ الوالِدِ ووَلَدِهِ، ولا بين الأَخَوَين والأُختين، قاله أبو حنيفة[3].

الثاني: قال ابنُ القاسم: يُفَرَّقُ[4] بين الوالِدِ ووَلَدِه[5].

الثالث: أنّ ذلك في الحَرْبِيّاتِ لا في المُوَلَّدات الّذين وُلِدُوا في أرضِ الإسلامِ[6].

الرّابع: تجوزُ التّفرقةُ إذا أَذِنَتْ في ذلك الأُمّ[7]، وقال ابنُ المَاجِشُون: لا يجوزُ ذلك، وقد قال ابنُ عبد الحَكَم: لا يُفَرَّقُ بينَهُما.

الخامس(١): في التّوجيه(٢).

---

(١) كذا في الأصل، والصواب حذفها.

(٢) في الأصل: «في التوفيه» والمثبت من العارضة.

....

= (456)، والبيهقي: 9/ 126، والخطيب في تلخيص المتشابه(212)، وابن الجوزي في أحاديث الخلاف (1495).

يقول ابن حجر في الدراية: 2/ 153 «في إسناده ضعف» وانظر تلخيص الحبير: 3/ 15، ونصب الراية: 4/ 23.

(1) أخرجه الترمذي (1284)، والطّيالسي (185)، وأحمد: 1/ 102، وابن ماجه (2249)، والدارقطني: 3/ 66، والبيهقي: 9/ 127، وابن الجوزي في أحاديث الخلاف (1492).

(2) انظرها في العارضة: 6/ 282 ـ 283.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 85، والمبسوط: 13/ 139.

(4) الذي وجدناه في المدونة: 3/ 283 عن ابن القاسم أنه قال: «فأمّا ما سوى الأمّ والولد فلا بأس بالتفرقة بينهم».

(5) «وذلك لأنّه لا يستضرّ الطفل بمفارقة الأب كاستضراره بمفارقة الأمّ، ولأنّ الأمّ أوْلَى بذلك؛ لأنّ حقّ الحضانة يثبت لها دون الأب» قاله القاضي عبد الوهاب في المعونة: 2/ 1072.

(6) انظر المدونة: 3/ 283 في التفرقة بين الأمّ وولدها في البيع.

(7) ذكره المؤلّف في العارضة أنّه قول إبراهيم النخعي، وبه قال مالك وابن القاسم في أحد روايتيه.

قال الإمامُ: وهذه المسألةُ تنبني على أنّ المَنْعَ هل هو حقٌّ للهِ أو للأُمِّ أو حقٌّ للوَلَدِ؟ وفي ذلك للعلماءِ ثلاثة أقوال[١]:

الأوّلُ: أنه حقٌّ للوَلَدِ.

الثّاني: أنه حقٌّ للأُمِّ.

الثّالث: أنّه حَقٌّ للّهِ.

فإنْ قلنا: إنّه حقٌّ للّهِ، لم يعمل الرِّضا في إسقاطه.

وإن قلنا: إنّه حقٌّ للأُمِّ، عمل فيه الرِّضا.

وإن قلنا: إنّ ذلك حقُّ الولد للرِّفق به، لم يَجُز.

وأمّا الأخوان، فحديثُ عليٍّ حُجَّةٌ عليه[٢]، وقال علماؤنا: نحملُهُ[٣] على الاستحبابِ[1].

وأما «التّفرقة» ففي ذلك خمسة أقوالٍ:

الأوّلُ: إذا ثَغَر - بالتّاءِ المعجمةِ باثنين من فوقها - يعني: إذا سقط ثُغْرُهُ، قاله مالك[2].

الثّاني: إذا عرفَ ما يُؤمَر به ويُنْهَى عنه.

الثّالث: إذا بَلَغَ سبع سنينَ[3].

الرّابع: إذا بَلَغَ الحُلُم، قاله أبو حنيفة[4].

---

(١) «أقوال» استدركناها من العارضة.

(٢) في الأصل: «فحديث عليه فيه حجة» والمثبت من العارضة.

(٣) في الأصل: «مجملة» وهو تحريف، والمثبت من العارضة.

....

(1) تتمّة العبارة كما في العارضة: «والحقيقة فيه أنّه لو راعَى المحرميّة لما جازت التّفرقة بينه وبين الخالة لوجود المحرميّة بينهم».

(2) في المدونة: 3/ 283 في التفرقة بين الأمّ وولدها في البيع.

(3) ذكر المؤلّف في العارضة أنّه قول الشّافعيّ، وعزاه ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 1018 إلى ابن حبيب.

(4) زاد في العارضة: «وابن غانم عن مالك» وعزاه إلى ابن غانم أيضًا ابن يونس في الجامع: 1018، وانظر قول الحنفية في المبسوط: 13/ 139.

الخامس: إذا بلغَ عشر سنينَ، قاله ابنُ وهبٍ عن مالك[١] واللَّيث[1].

والصّحيح أنّه حقّ للأُمِّ، والمسألةُ أصوليّةٌ أكثر من فروعيّة.

وأما «كِرَاءُ الأرضِ» فسيأتي بيانُه إنْ شاءَ الله.

وأمّا «عَسْبُ[٢] الفَحْلِ»[2] فجمهورُ العلماءِ على أنّه لا يجوزُ، حَمَلَهُ مالك على أن يكونَ يُقْصَدُ به الإلقاحُ، وأمّا لو كان نَزَوَاتٍ معلومةً فهو جائزٌ، وهو الصّحيحُ؛ لأنّه أمْرٌ مأذونٌ فيه شرعًا، محتاجٌ إليه عادةً، معلومٌ بالتَّقْدِير، فلا وَجْهَ لِرَدِّهِ إلاّ من طريق الجهالةِ الّتي أشرنا إليها في اشتراطِ الإلقاحِ، وفي[٣] المُضِيِّ[٤] علىَ العادة فيه.

وأمّا «بَيْعُ المياهِ» فرُوِيَ في الأثرِ: «نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلاَم عَنْ نَقْعِ البِئْرِ»[3] وَرُوِيَ «نفع» بالقاف والفاء، وَرُوِيَ: «لاَ تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الْكَلأَ»[4] والأحاديثُ فيه صِحَاحٌ. نَهَى النَّبِيُّ عليه السّلام عن بَيْعِ الماءِ[5]، واختلفَ العلماءُ في تفسيرِهِ، فقال كلُّ واحدٍ وأطالَ، وجُمْلَتُهُ ترجعُ إلى ثلاثةِ أقوالٍ[6]:

١ - **الأوّلُ**: قال مالك[٥][7]: إذا كان الماءُ في بئرٍ مملوكةٍ، فلا يدخلُ الحديثُ

---

(١) «عن مالك» ساقطة من العارضة.

(٢) في الأصل: «عسيب».

(٣) في القبس: «أو في» ولعلها أسدّ.

(٤) في الأصل: «المصالح» والمثبت من القبس.

(٥) «قال مالك» زيادة من العارضة.

....

(1) حكاه ابن يونس في الجامع لمسائل المدوّنة: 1017ـ 1018.

(2) انظر القبس: 2/ 800، والعارضة: 5/ 275.

(3) أخرجه بهذا اللّفظ من حديث عائشة: أبو نعيم في الحلية: 7/ 95، والخطيب في تاريخ بغداد: 10/ 349، وأخرج مالك في الموطأ (2170) رواية يحيى؛ أنّ النبي ﷺ قال: «لا يُمْنَعُ نَقْعُ بئرٍ».

(4) أخرجه مالك في الموطأ (2169) رواية يحيى، بلفظ: «لا يمنَعُ فضلُ...».

(5) أخرجه الترمذي (1271) وقال: «حديث إياس حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم أنهم كرهوا بيع الماء»، والحديث أخرجه عبد الرزاق (14495)، والحميدي (912)، وأحمد: 3/ 417، والدارمي (2615) وغيرهم.

(6) انظرها في العارضة: 5/ 272.

(7) في المدونة: 3/ 402 في إجارة البئر.

فيها، وإذا كانت في الصَّحارِي، ففيها الحديث، ويكونُ[١] في الشَّفةِ[٢] لا في الزَّرْعِ.

2 ـ وقال ابنُ حبيب: الفضلُ في الزّرعِ مباحٌ، كالفَضْلِ في الشّفة[3].

3 ـ وقال الشّافعيُّ[1] نحو قول مالك أنّه في الآبار الفَلَوِيَّةِ لا المملوكة.

قال الإمام: الماءُ مباحٌ[٣]، الأصلُ فيه قولُه: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاَثٍ: الْمَاءُ، وَالْكَلأُ، وَالنَّارُ»[2] أسكنَ اللهُ الماءَ في الأرضِ، فمن أَنْبَطَهُ[٤] كان أحقّ به من غَيْرِه، فإذا أخذَ منه حاجتَهُ، رجعَ الفضلُ إلى الأصلِ وهو الإباحة والاشتراك، هذا في ماءِ الأرضِ المشترَكَة، وأمّا ما في الأرضِ المملوكةِ؟ فإن قلنا: إنّ المَالكَ يستولي على باطنِ الأرضِ كاستيلائه على ظاهرها[٥]، فالماءُ له. وإن قلنا: إنّه لا يملِكُ إلاّ ظاهرَها، فليس له من الماء إلاّ مَا لَهُ في الأرض الفَلَوِيَّةِ، وعلى هذا الأصل بَنَى أصحاب مالك قولهم: إنَّ مَنِ انهارتْ بِئْرُهُ واحتاجَ إلى ماءِ جَارِهِ أنّه يعطيه له بغير ثَمَنٍ، إذ لا خلافَ من قوله في وجوبِ الإعطاءِ، وإنِ اختلَفُوا في جهة[٦] الإعطاءِ.

كما اتّفقَ النّاسُ على أنّ صاحبَ الماءِ أحقّ بالأصلِ، قال النّبيُّ عليه السّلام: إنَّهُ لاَ حَقَّ لَكُمْ فِي الْمَاءِ فقال: وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَيُذَادَنَّ[٧] رِجَالٌ عن حَوْضِي أو قال: رَجُلٌ، الحديث[3]، وقال: «ثَلاَثَةٌ لاَ يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»، فذكَرَ رَجُلاً كان له فضل ماءِ

---

(١) في العارضة: «ولكن».

(٢) في الأصل: «المنفعة» والمثبت من العارضة.

(٣) «الماء مباح» زيادة من العارضة.

(٤) في الأصل: «انبضه» ولعل الأفضل ما أثبتناه من العارضة.

(٥) في الأصل: «ظاهره» والمثبت من العارضة.

(٦) «جهة» زيادة من العارضة.

(٧) في الأصل: «ليرادن»، وفي العارضة: «لازودن» والمثبت من كتب الحديث.

....

(1) انظر الحاوي الكبير: 7/ 506 ـ 510.

(2) رواه بلفظ المؤلّف الحارث كما في بغية الباحث (449) من حديث أبي خداش، وكذلك رواه الخطيب في موضع أوهام الجمع والتفريق: 2/ 48، وانظر علل الحديث لابن أبي حاتم: 1/ 322.

وأخرجه ابن ماجه (2472) من حديث ابن عباس بلفظ: «المسلمون» قال ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 65 «وفيه عبد الله بن خراش متروك، وقد صححه ابن السكن»، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة: 3/ 80 «هذا إسناد ضعيف».

(3) أخرجه بنحوه مُطَوَّلاً مالك في الموطأ (64) رواية يحيى.

بالطَّريقِ فمَنَعَهُ من ابنِ السَّبيلِ[1]، وهذا يدلُّ على ترجيحِ إحدى روايتي[١] مالك في تحريم بَيْعِ فَضْلِ الماء، على الرِّوايةِ الأُخرى في الكراهِيَة.

وكذلك اختلفَ قولُ مالكٍ في الكَلأ الّذي ينبتُ في الأرض المملوكة، هل يجوزُ له منعُهُ أم لا؟

فقيل: له مَنْعُهُ؛ لأنه مالك أرضه.

وقيل: ليس له منعه؛ لأنّه لم يتكلّف فيه.

والأوّلُ أصحّ؛ لأنّه رِزْقٌ سَاقَهُ اللهُ إليه في خالصِ ملكه، والكلأُ الّذي حرم عليه منع الماء هو الكلأ الّذي ليس بثابتٍ في ملكه.

فصل[2]

وأمّا «كَسْبُ الْحَجّامِ» فهو خبيث، و«مَهْرُ الْبَغِيّ» فلا كلامَ فيهِ لفسادِهِ.

وأمّا «كَسْبُ الْحَجّامِ» فقد وردت فيه ثلاثة أحاديث كلُّها صِحَاحٌ:

الأوّلُ: أنّ النّبيَّ عليه السّلام احْتَجَمَ وَأَعْطَاهُ صَاعًا مِنْ طَعَامٍ[3]، وَرُوِيَ: «صَاعَانِ»[4]، ورُوِيَ «مِنْ تَمْرٍ»[5]، وَرُوِيَ: «فَأَعْطَاهُ أُجرته»[6].

الثّاني: أنّ النّبيَّ عليه السّلام قد[٢] نهى عنه، فلم يَزَلْ يستأذنه حتّى قال له: «اعْلِفْهُ نُضَّاحَكَ» يعني: رقيقك[7]، رواه[٣] ابن مُحَيِّصَةَ الأنصاريّ عن أبيه[8].

---

(١) في الأصل: «رواية» والمثبت من العارضة.

(٢) في الأصل: «قال وقد» والمثبت من العارضة.

(٣) «رواه» استدركناها من العارضة.

....

(1) أخرجه البخاري (2358)، ومسلم (108) من حديث أبي هريرة.

(2) انظره في العارضة: 5/ 275 ـ 278.

(3) رواه البخاري (2277) من حديث أنس.

(4) في المصدر السابق.

(5) رواه مالك في الموطأ (2791) رواية يحيى.

(6) رواه البخاري (2278)، ومسلم (1202) من حديث ابن عباس.

(7) رواه مالك في الموطأ (2793) رواية يحيى.

(8) هكذا رواه الترمذي (1277)، أما الإمام مالك فقال: «عن ابن مُحَيِّصَة الأنصاري أحد بني =

الثّالث: هذا الّذي تلوناهُ آنفًا.

وكلُّها مُعَارَضَةٌ[١]، وبعضُها أَخْلَف من بعض.

أمّا قولُه[1]: «كَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ» فهو نَصٌّ في التَّحريمِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾[2].

وأمّا قولُه[3]: «اعْلِفْهُ نُضَّاحَكَ» فكأنّه مشتبه، فنزّهه عنه في ذاته، وأمرَهُ بإطعامهم للإبِلِ لا للرَّقيق، كذا رواهُ يَحْيَى؛ لأنّ ما لا يرضاه لنفسهِ في الطُّعْمَةِ لا يرضاهُ لرقيقه؛ لأنهم مكلّفون في الحلال والحرام والشّبهة بمثل ما كلّف، بخلاف الإبل والبقر والبهائم، فإنّه لا تكليفَ عليها، وأمّا ما أعطاه إيّاه[٢] أجرةً، فدليلٌ على الحِلِّ المُطْلَقِ، فإنَّ النَّبيَّ عليه السّلام لا يدخل في شُبْهَةٍ، لِمَا هو عليه من رَفِيعِ المنزلةِ ومَرَاتِبِ العصمة[٣]، ولو ثبتَ التّاريخ في المتقدّم منها من المتأخِّر، فينبغي[٤] التّرجيحُ أو التّأويلُ، فورودُ النّهي فيه يُحملُ على أنّه كانت معاملة مجهولة، يحتجِمُون إلى وقت النّتاج، أو الجَدَادِ، أو الحَصَادِ، فيعطي معلومًا، فيكونُ عِوَضًا عن عمل[٥] مجهولٍ، أو يكونُ مجهولاً، فيكون عِوَض مجهولٍ عن مجهولٍ، فأعلَمَهُم النّبيُّ عليه السّلام بتحريمِ ذلك، وعرفوه بينهم، فأعطاهم النّبيُّ عليه السّلام معلومًا عن معلومٍ.

وأمّا التّرجيحُ؛ فإنَّ الجوازَ أقوى من المنعِ للحاجةِ إليه، فكان النّبيُّ عليه السّلام منع منه، فلمّا رأى الحاجةَ إليه رخَّصَ فيه.

---

(١) العارضة: «متعارضة».
(٢) «إياه» استدركناها من العارضة.
(٣) العارضة: «وواجب العصمة».
(٤) العارضة: «فتعيّن».
(٥) في الأصل: «حل» والمثبت من العارضة.

....

= حارثة؛ أنّه استأذن رسول الله ﷺ» قال ابن عبد البر في التمهيد: 11/77 «وذلك من الغلط الذي لا إشكال فيه على أحد من أهل العلم».

(1) أي قوله ﷺ في الحديث الذي رواه الترمذي (1275) عن رافع بن خَدِيج.
(2) الأعراف: 157.
(3) أي قول رسول الله ﷺ في حديث الموطأ السابق ذِكْرُهُ.

وقد يُحْمَلُ النّهيُ عن كَسْبِ الحَجّامِ على ما حُمِلَ عليه النّهي عن كَسْبِ الأَمَةِ، فإنّها كانت في الجاهليّة تكسِبُ بفَرْجِهَا، فيرجعُ النّهيُ إلى ما لا يجوزُ، فإذا اكتسبت بيدها جازَ، فكذلك كَسْب الحجّام كان عندهم مجهولاً، فإذا تعاملوا بينَهُم بمعلومٍ جازَ، لِمَا رُوِيَ أنّ النّبيَّ عليه السّلام احتجمَ، فيه دليلٌ على أنّ[١] ثَمَنَ المنافِعِ يجوزُ أن يجري فيه المتعاملان على العادةِ والمُرُوءَةِ، فإذا عملَ[٢] له أن يعطيه أجره الواجب له جازَ، وإن زادَهُ شَكَرَ، وإن خَاسَرَهُ صَبَرَ، أو طلب مبلغ حقّه[٣]، وهو مأخوذٌ من قاعدةِ العُرْفِ، إحدى[٤] القواعد العشرة الّتي ترتّب عليها أحكام المعاملات في المذهب المالكي.

وأمّا «النَّهْيُ عَنِ الْبَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ»[1] فذلك لحقّ الله، وأغربُ ما فيه ما[٥] تَفَطَّنَ له بعضُ أصحابِنا، فإنّهم اتّفقوا على نَقْضِهِ وإن فاتَ، قالوا كلُّهم: يَضْمَنُ القِيمَة، إلاّ مالكًا الغوّاصَ، فإنّه قال: يَضْمَن الثَّمَن، لنُكْتَةٍ بديعةٍ، وهي أنّ القيمةَ لا سبيلَ إلى معرفتها أبدًا؛ لأنّ ذلك ليس بوقتِ بَيْعٍ لأَحَدٍ، فرجعنا إلى الثَّمَنِ ضرورةَ الّذي قرَّرَهُ على نفسِهِ وَرَضِيَ ذلك الآخرُ به.

القاعدة العاشرة[2]
في بَسْطِ المقاصِدِ والمصالح الّتي أشرنا إليها قَبلَ هٰذا

وقدِ اتَّفقتِ الأُمَّةُ على اعتبارِها في الجُملةِ، ولأجلها وَضَعَ اللهُ الحدودَ الزّواجرَ[٦] في الأرضِ استصلاحًا للخَلْقِ، حتّى تَعَدَّى ذلك إلى البهائم، فَتُضْرَبُ البهيمةُ استصلاحًا، وإن لم تُكلَّفْ، تَسَبُّبًا[٧] إلى تحصيل قصدِ[٨] المكلّفِ، وأقربُ من ذلك أنّ الطِّفلَ يُضرَبُ

---

(١) «أنّ» استدركناها من العارضة.
(٢) ف: «تحمل» والمثبت من القبس.
(٣) العارضة: «. . . صبر مطلقًا فبلغه حقّه».
(٤) في الأصل: «أعني» والمثبت من العارضة.
(٥) «ما» استدركناها من القبس.
(٦) في الأصل: «الزواجرة» والمثبت من القبس.
(٧) في الأصل: «شيئًا» والمثبت من القبس: 16/120 (ط. هجر).
(٨) في الأصل: «قرا» والمثبت من القبس.

....

(1) انظره في القبس: 2/ 801.
(2) انظرها في القبس: 2/ 801 ـ 803.

على التَّمَرُّن على العبادات(١) لا ضربَ تكليفٍ، ولكن ضَرْبَ تأنِيسٍ وتدريبٍ، حتّى يأتِيَهُ التّكليفُ على عادةٍ، فَتَخِفُّ عليه المشقَّةُ في العبادة.

ولقد انتهتِ الحالُ بالشّيخِ المعظَّمِ أبي بكرِ الشّاشيِّ القفَّال إلى طَرْدِ ذلك حتّى في العباداتِ، وصنَّفَ في ذلك كتابًا كبيرًا سمَّاهُ «محاسن الشّريعة»[1] وليس له فيه نكتةٌ بديعةٌ[2].

والدّليلُ على صِحَّة ما صار إليه مالكٌ مِنَ انفرادِه في تعويلِهِ عليها واختصاصِهِ بها دون سائرِ العلماء، اتّفاقُ أربابِ الحَلِّ والعَقْدِ على أنّ الجماعةَ يُقْتَلُونَ بالواحدِ قِصَاصًا؛ استبقاءً للباقِينَ واستصلاحًا لحَالِهِم، وقد قَتَلَ عمرُ نَفَرًا بواحدٍ قتلُوهُ غِيلةً، ولم يَلتفِتْ عمرُ إلى الغِيلَة، بل قال: لو تَمَالأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ(٢) لَقَتَلْتُهُمْ[3]، فإن أَلْفًا يُقْتَلُونَ باغتيالِ حمارٍ، فكيف باغتيالِ إنسانٍ[4]؟! فدلَّ على أنّ المُعتبرَ إنّما كان بالرّدعِ(٣).

وكذلك اتّفقوا على أنَّ(٤) حِرْمَانَ القاتلِ الميراثَ رَدْعًا(٥) وسَدًّا للذّريعةِ.

وكذلك قال عمرُ: مَنْ(٦) نَكَحَ فِي الْعِدَّةِ لا يتناكحان أبدًا[5].

وكذلك وَقَعَ تأبيدُ التّحريمِ في اللّعانِ[6].

وكذلك راعَى مالكٌ المقاصدَ في تحقيقِ الجِنْسِيَّةِ في الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ. وقال سائرُ

---

(١) في الأصل: «التمرن بالعبادات» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل: «أصبهان» والمثبت من القبس.
(٣) القبس: «إنما كان بالتمالؤ الّذي هو متشوّفُ الأعداء وَمَظِنَّةُ الحساد».
(٤) «أنّ» استدركناه من القبس.
(٥) القبس: «رَغْيًا للمصلحة».
(٦) القبس: «إذا».

....

(1) قال محمد بن الحسين السليماني: أقوم بإعداده للنشر بالاشتراك مع أخي الأستاذ أحمد الريسوني، بالاعتماد على نسختين خطيتين، أسأل الله العون والتّيسير.
(2) كذا بالأصل، ولا ندري ما السّرُّ في هذا الحكم القاسي على الكتاب.
(3) رواه مالك في الموطأ (2552) رواية يحيى.
(4) هذا من أغرب ما أورده المؤلف في هذا الكتاب وفي القبس أيضًا، والغالب أن تصحيفًا وقع في النسخ الخطية.
(5) رواه مالك في الموطأ (545) رواية محمد بن الحسن، وكذلك رواه ابن وهب في المدونة: 5/442 (ط. صادر).
(6) قال مالك في الموطأ (1653) رواية يحيى: «إنّ السُّنَّةَ مضت: أن المتلاعِنَيْن لا يتراجعان أبدًا».

الفقهاءِ: إنّما يُعتبرُ الجِنْسُ في الصُّورة والهيئَةِ، وما قاله مالك أَوْلَى؛ لأنَّ المطعوماتِ والحيوانات لم تكن أجناسًا بصُوَرِها، وإنّما كانت أجناسًا بمنافِعِها المقصودة منها وصفاتِها الّتي تتفاوتُ بها[١]، حتّى جعلَ مالكٌ الشّعيرَ والقمحَ صِنْفًا واحدًا، وهي أَعْسَرُ مسألةٍ علينا في الأجناسِ، لكن رأى مالك ـ رضي اللّهُ عنه ـ قربَ ما بينهما، إذ لُبابُ الشَّعيرِ يُوَازِي دقيقَ الخُشْكَارِ[1] فيلتقيان[٢] على الطّرفين.

وكما[٣] تُرَاعِي حُرْمَةُ الرِّبَا في التّفرقةِ[٤] باعتبار *الثّمنيّة، وفي الأعيان الأربعة باعتبار*[٥] القُوتِ والطُّعام، كذلك يراعي في الجِنْسِ أن يقولَ في علّة الرِّبا: مقتاتٌ جنسيّ[٦]، فلا يجوزُ التّفاضُلُ مع الأَجَلِ *في المُقْتاتَيْنِ، كانا جِنسين أو جنساً واحدًا، كذلك لا يجوزُ التَّفَاضُلُ مع الأجَلِ*[٧] في الجنسِ الواحدِ، كانا مُقتاتَين أو غير مُقتاتَين.

وكذلك اعتُبِرَ قَصدُ المعروفِ في العَرَايَا، واستُثْنِيَتْ من قواعد الرِّبا لخروجها عن مقصودِ البَيْعِ في المكايسةِ، وانخراطها[٨] في شِعْبِ الرِّفقِ والمُكَارَمَةِ، وعليها بَنَى مالكٌ مسائلَ الأثمان كلّها.

إذا[٩] تمهّدت هذه القواعدُ، عُدْنَا[١٠] إلى الأبوابِ، وأريناكم بناءَها عليها، ورجوعَها إليها، حتّى تعلموا شفوفَ مالكٍ في الإدراكِ على سائرِ العلماءِ، وتكونُوا متَّبِعِينَ له في الحقيقة، سالكين معه على الطُّريقةِ.

---

(١) في الأصل: «لها» والمثبت من القبس.
(٢) «فيلتقيان» استدركناها من القبس.
(٣) في الأصل: «كما» والمثبت من القبس.
(٤) في القبس: «التعدية».
(٥) ما بين النجمتين استدركناه من القبس.
(٦) في القبس: «مقتاتُ جنس».
(٧) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، بسبب انتقال نظر الناسخ، واستدركنا النقص من القبس: 16/ 121 (ط. هجر).
(٨) القبس: «انحطاطها».
(٩) في الأصل: «إنما» والمثبت من القبس.
(١٠) في الأصل: «عندنا» والمثبت من القبس.

....

(1) هو الخبز الأسمر غير النقي.

بَابُ
مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْعُرْبَانِ

مَالِكٌ[1]، عَنِ الثِّقَةِ[2]، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أبيه. عن جَدِّهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ.

قال الإمام: يقالُ: إنّ الثِّقة الّذي لم يسمّه مالك في سَنَدِ هذا الحديث هو: بُكَيْر بن عبد الله بن الأشجّ[3].

وقد تكلَّمَ النّاسُ في سَنَدِ هذا الحديث، فقال يحيىَ بنُ مَعِينٍ: أحاديث عَمْرو بن شُعَيْب عن جدِّه صِحَاحٌ. وقال قوم[4]: هي واهيةٌ؛ لأنّها بِيَدِهِ صُحُفٌ، ولم يَسْمَع بعضُهم من بعضٍ.

وأمّا الثِّقَةُ، فهو بُكَيْر بن الأشجّ[5]، ولم يرو عنه مالك[6]، وإنّما رَوَى عن وَلَدِهِ مَخْرَمَة[7]، ويكنى بأبي المِسْوَر[١]، تُوُفِّيَ في زمان هشام.

ولم[8] يذكر عنه[9] مالك في «**الموطأ**» إلاّ هذا الحديث، وحديث: «الرَّاكِبُ شَيْطَانٌ والراكبان شيطانان، وَالثَّلاَثَةُ نَفَرٌ»[10].

---

(١) في الأصل: «بالمسور» والمثبت من كتب الرِّجال.

....

(1) في الموطأ (1781) رواية يحيى.

(2) هكذا قال يحيى عن مالك، عن الثقة، وتابعه على ذلك: أبو مصعب (2470)، وسويد (217)، والطباع كما عند أحمد: 2/ 183.
أمّا القعنبي كما عند الجوهري (849)، وهشام بن عمار عند ابن ماجه (2192)، فقالا: «عن مالك أنّه بلغه عن عمرو بن شعيب...».

(3) لا ندري كيف يصحّ أن يكون الثقة هو بكير ولم يثبت له سماعٌ من عمرو بن شعيب، ويرى ابن عبد البر في الاستذكار: 19/ 8 ـ 9 أنّ أشبه ما قيل فيه أنّه ابن لهيعة؛ لأن هذا الحديث أكثر ما يُعْرَف عند ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب. وانظر التمهيد: 24/ 176.

(4) المقصود هو البوني في تفسير الموطأ: 93/ أ.

(5) انظر أخباره في تهذيب الكمال: 1/ 379 (752) [ط. 1418].

(6) وهو الذي نصّ عليه العجلي كما في تهذيب الكمال: 1/ 379.

(7) انظر أخباره في تهذيب الكمال: 7/ 57 ـ 58 (6421).

(8) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 93/ أ.

(9) أي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه.

(10) في الموطأ (2801) رواية يحيى.

ويقال: عُرْبَانٌ وعُربُون، وأُربَان وأُرْبُون[1].

قال الإمام[2]: أكثرُ ما عوَّلَ فيه مالك وفيما بعدَهُ ذكر المُفسِدَات للبيوع، لِمَا بيَّنَّاهُ من أنّ البَيْعَ الصَّحيحَ محصورٌ، والفسادَ يَبْعُدُ حَصْرُهُ[١]، فأشارَ - رضيَ اللهُ عنه - إلى جُمَلِ[٢] المُفْسِدَاتِ في الأبوابِ، فمسألةُ[٣] العُرْبان، ترجِعُ إلى قاعدةِ أكلِ المالِ بالباطلِ.

ومسألةُ «بَيْعِ العَبْدِ التَّاجِرِ الْفَصِيحِ، بِالأَعْبُدِ مِنَ الْحَبَشَةِ»[3] تَنْبَنِي على اعتبارِ الجِنْسِ بالمقاصد.

واستثناء الجِنْسِ من البطن، مبنيٌّ على قاعدةِ الغَرَرِ والجَهَالَةِ[٤]، وعلى أكلِ المالِ بالباطلِ أيضًا؛ لأنه ضيّع[٥] من ثمنها في[٦] غير مقابلة شيءٍ.

ومسألةُ «الْجَارِيَة الَّتِي سَأَلَ فِي إِقَالَتِهَا، وَيَزِيدُهُ عَشَرَة دَنَانِيرَ نَقْدًا إِلَى أَجَلٍ أَبْعَدَ مِنَ الأَجَلِ الَّذِي كَانَ قَدْ ابْتَاعَ إِلَيْهِ»[4] مبنيٌّ على قاعدةِ الصَّفْقَة إذا اجتمع[٧] مال ربًا ومال آخر.

الفقه في ثلاث مسائل:

الأولى: نَهْيُهُ عن بَيْعِ العُرْبَانِ

فهو أن يشتري الرَّجُلُ دارًا بمئة دينار ويعطِي المشترِي للبائعِ دينارًا ويقولُ له: إنْ أتيتُكَ بالثَّمَنِ إلى أَجَلِ كذا تَمّ البيْعُ بيننا، وإن لم آتِ فالدِّينارُ لكَ، فمِثْلُ هذا لا يجوزُ على حالٍ.

وحديث آخر أنّه «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»[5] فإذا قلنا: نهى عن بيعِ الغَرَرِ، فقد تضمَّن

---

(١) في الأصل: «والفساد يَبُعُهُ محظور» والمثبت من القبس.

(٢) في القبس: «حمل».

(٣) في الأصل: «ومسألة» والمثبت من القبس.

(٤) في الأصل: «قاعدة الضّرر والحماية» والمثبت من القبس.

(٥) القبس: «لا يضع» وفي (ط. هجر) بسقوط: «لا».

(٦) في الأصل: «إلى» والمثبت من القبس.

(٧) لعلّه: «اجتمع فيها».

....

(1) يقول ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة [1/ 295] «وإنّما العربان في معناه: أوّل الشيء وعنفوانه» وانظر الاقتضاب: 69/ أ.

(2) انظره في القبس: 2/ 803 - 804.

(3) قاله مالك في الموطأ (1783) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2472)، وسويد (217).

(4) قاله مالك في الموطأ (1786) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2475).

(5) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

هذا كلّ غَرَرٍ بالنَّصّ وصار داخلاً فيه، وإذا قلنا: «نُهِيَ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ» دخل فيه كلّ غَرَرٍ بالتَّسْميةِ، فقد دخلَ البَيْعُ في هذا اللّفظ بالنَّصّ، ودخلَ الغَرَرُ بالتَّسْميةِ.

المسألةُ الثانيةُ[1]:

قوله: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ» البَيْعُ معروفٌ، وهو يَفْتَقِرُ إلى إيجابٍ وقَبُولٍ، ويَلزَمُ بوجودِهما بلفظِ الماضي، فإذا قال[2]: بِعْنِي، فقال[3]: بِعْتُك، فحكى علماؤُنا العراقيُّون أنّ البَيْعَ يصِحُّ وينْعَقِدُ.

وقال أبو حنيفة[4] والشّافعي: لا ينعقدُ حتّى يقول المبتاعُ بعد ذلك: اشتريتُ، أو قَبِلْتُ.

دليلُنا: كلُّ ما كان إيجابًا وقَبُولاً في عَقْدِ النّكاحِ، كانَ إيجابًا وقَبُولاً في عَقْدِ البَيْعِ، كما لو قال: قَبِلْتُ، بعد الإيجابِ[5].

وليس للإيجاب لفظٌ مُعَيَّنٌ، وكلُّ لفظٍ أو إشارةٍ فُهِمَ منها الإيجاب[4] لَزِمَ بها البَيْع، إلاّ أنّ في الألفاظِ صريحًا لا يَحتَمِلُ[6]، مثل أن يقول: بِعْتُكَ فَرَسِي، فيقولُ: قد قَبِلْتُ[7].

وأمّا الألفاظ[8]، فلا يَلزَمُ البَيْع بها بمجرَّدِها[١]، حتّى يَقْتَرِن بها عُرْفٌ أو عَادَةٌ.

الثّالثة:

فإذا ثبت هذا فنقول: الأشياء الّتي تدخل البيع من الفساد أربعةٌ:

1 ـ إمّا أن يكونَ الفسادُ في الثَّمَنِ.

2 ـ أو المَثْمُونِ.

3 ـ أو البائع.

---

(١) ف: «ولا بمجردها» والمثبت من القبس.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 157.
(2) المبتاع.
(3) البائع.
(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 49، والمبسوط: 12/ 108.
(5) في المنتقى: «الإيجاب والقَبُولُ».
(6) أي لا يحتمل التّأويل.
(7) فهذا يلزم به العقد المتبايعين.
(8) أي الألفاظ المحتملة.

4 ـ أو المبتاع.

فهذه الأربعة الأشياء، فمتى دخلَ الفسادُ في شيءٍ من هذه الأربعة فسدَ البَيْعُ، إلاّ أن يكونَ الغَرَرُ يسيرًا لا يمكن الاحتراز منه، فإنّه مَعْفُوٌّ عنه، كالطَّيرِ في البَرِّ يجد فيها موضعًا لا يدركه النظر غالبًا يجده غير. . .(١)، ومثل الهَدْمِ اليسيرِ يوجَدُ في البِنَاءِ وما أشبه هذا؛ لأنَّ العلَّةَ قَلَّ ما تقعُ بمثلِ هذا الغَرَرِ اليسير.

وأمّا الفساد الّذي من غير الرّكن، فهو فسادٌ لكنّه يسقط ويصحّ البَيْعُ، مثالُ ذلك: أن يبيع خادمًا وسِلْعَةً على أن يسلفه عشرة دنانير، فإنّه لا يَجوز؛ لأنّ البَيْعَ والسَّلفَ منهيٌّ عنه، فإذا أسقط الشّرطُ جاز البَيْعُ، والفروعُ على هذا كثيرة.

بَابُ
مَا جَاءَ فِي مَالِ الْمَمْلُوكِ

رَوَى ابنُ عُيَيْنَة، عن الزُّهريِّ، عن سَالِم، عن أبيه، عن عمرَ، عن النَّبيِّ عليه السّلام؛ أنّه قال: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»[1].

قال الإمامُ: أوقفَ مالك هذا الحديث في «الموطّأ»[2] عن نافع عن ابنِ عمر، ولم يبلغ به النَّبيّ عليه السّلام.

وقال أبو عمر[3](٢): «هذا أحد الأحاديث الأربعة الّتي أسْنَدَها سالم، وأَوْقَفَها نافع عن ابنِ عمر»، والحديثُ مُسْنَدٌ صحيحٌ من طُرُقٍ[4].

قال الإمامُ[5]: هذه المسألةُ تنبني على القاعدةِ العاشرةِ، وهي المقاصدُ والمصالحُ؛

---

(١) طمس في الأصل.
(٢) في الأصل: «أبو محمد» والصواب ما أثبتناه، فإن هذا الكلام لابن عبد البر.

....

(1) رواه من هذا الطريق ابن أبي شيبة (22519)، ومن طريقه ابن عبد البر في الاستذكار: 19/ 31 - 32، وانظر الحميدي (613)، وسنن أبي داود (3433)، والبيهقي: 6/ 219.
(2) الحديث (1788) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2477)، وسويد (218)، ومحمد بن الحسن (793)، والتنيسي عند البخاري (2379).
(3) في التمهيد: 13/ 283.
(4) انظرها في التمهيد: 13/ 284 ـ 286.
(5) انظر هذه الفقرة في القبس: 2/ 805.

لأنّ الرّجُلَ إذا اشترى عبدًا له ذَهَبٌ بِذَهَبٍ، فالقاعدةُ الثّالثةُ تمنعُ منه من جهةِ الرِّبَا، والقاعدةُ العاشرةُ في المقاصدِ والمصالحِ تقتضي جوازَهُ؛ لأنّه إنّما المقصودُ ذاتُه لا مالُه، والمالُ وَقَعَ تَبَعًا.

وقال علماؤنا: أصل البيع يقتضي ألاّ يجوز بَيْع العبد وماله؛ لأن مثل هذه المسألة لا تجوز، ألا تَرَى أن بَيْعَ سِلعةٍ وذهبٍ بذهبٍ لا يجوز، لكنّها مستثناة من الأصولِ.

واختلفَ العلماءُ في العبدِ هل يملكُ أَوْ لا يملك؟ فذهب مالك إلى أنَّ العبدَ يَمْلِكُ[1].

قلنا: ما فائدةُ الخلافِ في هذه المسألة؟

فالجواب: إنّ فائدتها في معنى دقيق، وهو أنّ العبدَ إذا قلنا: إنّه يملك على مذهبنا، كان له أن يشتري الإِمَاءَ، ويطأ بملك اليمين. وإذا قلنا: إنّه لا يملك، لم يكن له ذلك.

وقال أهلُ مكّةَ والعراق: إنّ العبدَ لا يطأ البتّةَ.

وقال مالك: إنّه يطأ.

وحُجّةُ مالك في أنّ العبدَ يملكُ: حديث النّبيّ عليه السّلام: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» قال مالك: وهذه إضافة، كما تقول: مال زيد، وألفاظُ الرّسولِ عليه السّلام ذات معانٍ مفيدة.

واحتجّ أيضًا مالك بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ الآية - إلى قوله: ﴿إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ﴾ الآية[2]، والفقر والغنى صفتان لا يخبر بهما إلاّ عن من يملك[3].

واحتجّ أهلُ العراق والحِجَاز على أنّه لا يملك، بأنّها إضافة محلّ، كما يقال: سَرْجُ الدّابّةِ، وبابُ الدّار، فجعلوها إضافة محلّ.

بَابُ
مَا جَاءَ فِي الْعُهْدَةِ

قال الإمام[4]: العُهْدَةُ تنبني على القاعدة الخامسة، وهي الرّجوعُ إلى العُرْفِ الّذي[(١)] تنبني عليه أكثرُ المسائلِ الشّرعيّةِ.

---

(١) في الأصل: «التي» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر التفريع: 2/ 179، والمعونة: 2/ 1069. (2) النور: 32.

(3) انظر هذه الحجة في المعونة: 2/ 1069. (4) انظره في القبس: 2/ 805.

الفقه في ثلاث مسائل:

الأولى:

قولُه[1]: «لاَ عُهْدَةَ فِي شَيْءٍ مِنَ السِّلَعِ وَالْحَيَوَانِ إلاَّ فِي الرَّقِيقِ» اختلف أصحابنا في أيّام العُهْدَةِ الثّلاثِ، هل تدخلُ في أيّام الاستبراء أم لا ؟

فقال ابنُ القاسم: تدخل[2].

وقال أشهب: لا استبراءَ إلاّ بعد أيّام العُهْدَةِ، غير أن أشهب نقضَ أصله في مسألةِ بأن قال: زكاةُ الفطرِ في أيّام العُهْدَة على المشترِي.

الثّانية[3]:

قوله[4]: «كَانَا يَذْكُرَانِ فِي خُطْبَتِهِمَا عُهْدَةَ الرَّقِيقِ» يريد أنها من الأمور المشهورة المؤكّدة.

وقوله[5]: «الْعُهْدَةُ» معناها عندنا: تعلُّقُ البيع بضمان البائع مدّة معلومة، وذلك أنّ البيع بما فيه العُهْدَة لازمٌ، ولكنّه مُرْتَقَبٌ، فإن سَلِمَ في العُهدة لزمهما جميعًا، وإن أصابه نَقْصٌ، لزم البائع وثبتَ الخيار للمبتاع في إمضائه أو ردِّهِ، كَعَيْبٍ دَلَّسَ بِهِ البائع أنّه لا تنفعه براءته[6] من التّدليس بالعيب الذي ظهر في مدّة العُهْدَة، وهي مضافة إلى ملكه ما[7] تعلّقت العُهْدَة به.

الثّالثة: في محلّ العُهْدَة من البلاد[8]

فاختلف العلماءُ في ذلك:

....

(1) أي قول مالك في الموطأ (1792) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2481) وابن وهب في المدونة: 3/ 334.

(2) انظر المدونة: 3/ 333 في عُهْدَةِ الثّلاثة، والمعونة: 2/ 1064.

(3) اقتبس المؤلّف هذه المسألة من المنتقى: 4/ 173 مع بعض التّصرُّف.

(4) أي قول عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم في الموطأ (1790) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2479).

(5) أي قول مالك في ترجمة الباب: 2/ 134 من الموطأ.

(6) في المنتقى: «... البائع لا يعلم براءته».

(7) في المنتقى: «بما».

(8) اقتبس المؤلّف هذه المسألة من المنتقى: 4/ 175 ـ 176.

فقال ابنُ حبيب: قال المصريّون: لا تلزم أهل بلد عُهْدَة الثّلاث[١] حتّى يحملهم السّلطانُ عليها، ومثلُه روى ابن القاسم[٢] عن مالك.

وقال ابنُ حبيب: روى المدنيّون عن مالك؛ أنّه يُقْضَى بها في كلِّ بلدٍ، وعلى الإمام أن يحكم بها على من عرفها وجهلها[٣]، قبل التّقدم فيها وبعده.

ووجه الرّواية الأولى: العُرْفُ جارٍ فيها بالمدينة[1].

ووجه الرّواية الثّانية: أنّ ذلك من مقتضى العَقْد لأنه من تمامِ التّسليمِ[٤].

الرّابعة: في محلّها[2]

أمّا محلُّها من المبيع، ففي الرّقيق خاصّة، والفرقُ بينها[٥] وبين سائر المبيعات ما ذكرنا من أنّ لها تمييزًا تكْتمُ به عيوبه، فَجُعِلَتِ العُهْدَةُ لاختبار حاله، حكاه عبدُ الوهاب[3] عن ابن الجَهْم[4]، وهذا ضدّ ما يُحتاج إليه؛ لأنّ هذا دليلٌ على جواز البيع بالبراءة، والصّحيح عندي[٦] ما ذكره غيره من[٧] أنّ للرّقيق[٨] أفهامًا تخبر عن أسباب أمراضه قبل ظهورها، فيكون كِتْمَانُ السِّرِ بذلك[٩] تدليسًا يَقُومُ مقامَ تدليسه، ولها فروعٌ كثيرةٌ أَضْربنا عنها.

---

(١) في الأصل: «الثلاثة» والمثبت من المنتقى.
(٢) في المنتقى: «رُوِيَ عن ابن القاسم».
(٣) في الأصل: «وحملها» والمثبت من المنتقى.
(٤) في الأصل: «... العقد وان من تمام المسألة» والمثبت من المنتقى.
(٥) في الأصل: «بينهما» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.
(٦) في الأصل: «... البراءة الصحيحة» والمثبت من المنتقى.
(٧) «من» استدركناها من المنتقى ليلتئم الكلام.
(٨) في الأصل: «للرقيق ما يجتنب به» والمثبت من المنتقى.
(٩) في المنتقى: «... كتمان السيِّد لما أخبره به من أسباب أمراضه...».

....

(1) ولما كان له وجه من وجوه الصحّة حمل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 176.
(3) انظر المعونة: 2/ 1067 ولم يرد فيه ذكر ابن الجهم.
(4) لم نجد هذا القول في كتابه المسمى بأسباب الخلاف.

بَابُ
الْعَيْبِ فِي الرَّقِيقِ

ذكر فيه حديث ابن عمر؛ أَنَّهُ بَاعَ غُلاَمَهُ بِثَمَانِ مِئَةِ دِرْهَمٍ، وَبَاعَهُ بِالْبَرَاءَةِ[1].

قال الإمام[2]: الحديثُ صحيحٌ.

هذا الباب يَنْبَنِي على القاعدة الثّانية، وهي[١] أكلُ المالِ بالباطلِ؛ لأنّه اشترى منه عبدًا بعشَرَةٍ، فكلُّ جُزءٍ من العشَرَةِ قَابَلَ كلَّ جُزءٍ من أجزاءِ العَبْد[٢]، وَوَازَى كلَّ صفةٍ من صفاته المقصودةِ للمُبتاعِ تحصينًا من العيوب[٣].

الفقه في مسائل:

الأولى:

قولُه[3]: «عَلَى الْبَرَاءَةِ» وفي بيع البراءةِ ثلاثةُ أقوالٍ[4]:

الأول: أنّه لا يجوزُ بحالٍ[5].

الثّاني: أنّه يجوزُ[6].

الثّالث: أنّه يجوزُ في الرَّقيق خاصّة[7].

ووجه من أجازَهُ على الإطلاق: حديث عبد الله بن عمر؛ لأنّه أصلٌ في بَيْعِ البراءة؛ لأنّ الأصلَ في البراءة ألاّ جَوَازَ، فإذا أوجب الحديث جوازها جازَ.

---

(١) في الأصل: «وهو» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «العبيد» والمثبت من القبس.

(٣) في القبس: «... للمبتاع جلبًا وتحصيلاً، وللبائع تبادلاً وتمويلاً».

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (1793) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2482)، وسويد (220).

(2) انظره في القبس: 2/ 805.

(3) في حديث الموطأ السابق ذكره.

(4) انظرها في المعونة: 2/ 1066 ـ 1067.

(5) انظر المدونة: 3/ 235.

(6) وهي الرواية التي نصّ القاضي عبد الوهاب في المعونة: 2/ 1066 على أنّها المعتبرة وعليها النّظر.

(7) انظر المدونة: 3/ 235، والتفريع: 2/ 179.

وأمّا وجه من قال: إنّه لا يجوز على الإطلاق في كلّ شيءٍ ممّا يدخله الغَرَر.

وأمّا حُجّة من أجازه(١) في الرّقيق خاصّة، قياسًا على حديث عبد الله بن عمر.

فنقول: سِلْعَةٌ من السِّلَعِ، جاز بيعُها بالبراءةِ كالرّقيقِ، وقضاءُ عثمان ـ رضي الله عنه ـ في قصّة عبد الله بن عمر، ولم يوجد له مخالفٌ، فكان إجماعًا.

٢ ـ الثّانية: في معرفة العقود الّتي يجب فيها الردّ(1).

٣ ـ الثّالثة: في معرفة العيوب الّتي يثبت بها الردّ(2).

أمّا العقود، فعلى ثلاثة أضربٍ:

1 ـ عَقْدٌ مختصٌ بالعِوَضِ، كالبيع والنّكاح، فهذه يثبت بها حُكْمُ الرَّدِّ.

2 ـ والثّاني: عَقْدٌ مختصٌ بالمكارمة، كالهِبَة لغير الثّواب، والصّدقة، فهذا لا يَثْبُتُ فِيهِ حُكْمُ الرَّدِّ.

3 ـ والثّالثُ: عَقْدٌ ظاهِرُهُ المكارَمَة، وله تَعَلُّقٌ بالعِوَضِ، كالهِبَة للثّواب لمدّة، فالموهوب له لا يردّ بعيب(٢)، حكاه إسماعيل القاضي عن عبد الملك، وعن المُغِيرَة: لا ردَّ ولا(٣) في البَيْع المفسد.

ووجه ذلك: أنّ هذه عقودٌ جرتِ العادةُ أن يكون العِوَضُ فيها أكثر(3)، وهذا ينافي(٤) الرَّدَّ بالعَيْب.

٣ ـ الثّالثة: في بيانِ العُيوبِ الّتي يجبُ بها الرَّدُّ مُجملةً؛ ذلك أنّ خِيَارَ(٥) الرَّدِّ على ضربين:

أحدُهما: ما يثبتُ بغير شرطٍ.

---

(١) في الأصل: «. . . من قال جازه. . .» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.

(٢) «فالموهوب له لا يردّ بعيب» استدركناها من الأصل المنقول عنه وهو المنتقى حتى يلتئم الكلام.

(٣) في الأصل: «إلاّ» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «وهذا بيان» والمثبت من المنتقى.

(٥) في الأصل: «اختيار» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة اقتبسها المؤلف من المنتقى: 4/ 188.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 188 ـ 190.

(3) من قيمة الموهوب.

والثّاني: لا يثبتُ إلاّ بشرطٍ.

فأمّا ما يثبتُ بغير شرطٍ، فهو لكلِّ عَيْبٍ ينقص الثّمن، وهو على قسمين:

أحدُهما: نقصٌ في عينِ المبيعِ.

والثّاني: نقصٌ في غير عَيْنِه، لكنّه ينقص ثمنه، فالنّقص في عينه، كالعور، والعَمَى، والبياض في العين، والصَّمَم، والخرسِ، والبكم، إلاّ في الصّغير الّذي لا يتبيّن أمرُه، وما أشبه ذلك.

فصل[1]

أمّا «الأضراسُ» فإنّ نَقْصَ الضِّرسِ عيبٌ في الرّائعة، وليس بعَيْبٍ في غيرها، إلاّ أن يكون في مقدّم الفَمِ، أو ينقص ضرسان حيث كانا، فإنّه عيبٌ في الذّكَرِ والأنثى.

وأمّا «الشَّيْبُ» فإنّه تردّ به الرّائعة[2]، وهو في «كتاب محمد»[١].

وقال محمّد: وهو في الشّابّة عَيْبٌ. وقال عبد الملك عن مالك: لا تردّ[3] إلاّ بكثيره.

ويحتمل أن تكون الرّوايتان قولاً واحدًا؛ لأنّ اليسير منه ليس بعَيْبٍ؛ لأنّه شائعٌ، كالخال يكون، والشّعرة والشّعرتان تبدو ولا تُرَى إلاّ مع التّأمُّل، وأمّا الكثير فإنّه يؤثّر في الجمال، فاختصّ بالرّائعة دون غيرها.

وأمّا «الاستحاضة» فعيبٌ في الرّقيق وَوَخْشِهِ[4][٢].

قال ابنُ حبيب: إن كانت تعتريها المرّة بعد المرّة، فعلى البائع أن يُبَيِّن، وإلاّ فهو عَيْبٌ تردُّ به.

وارتفاعُ الحيض إن كان يعتريها المرّة بعد المرّة لم يَلْزمهُ التّبيين، ولم تردّ به.

---

(١) في الأصل: «وهو في كتاب محمد عن مالك» والمثبت من المنتقى.

(٢) في الأصل: «في العلى والوخش» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الفصل مقتبسٌ من المنتقى: 4/ 188 ـ 190.

(2) قاله ابن أبي زيد في النوادر والزيادات: لوحة 87/ ب.

(3) أي الرّائعة.

(4) الوَخْشُ من الرّقيق: الخسيس. انظر شرح غريب ألفاظ المدونة: 80.

والفرقُ: أنّ دمَ الاستحاضةِ ممّا(١) يُكرَهُ، وتلحق المشقّة في التّوقّي منه، وليس في ارتفاعِ الحيض شيءٌ من ذلك، والّذي يقتضيه مذهب(٢) «المُدَوَّنة»[1] أنّهما سواء.

فإنِ استحاضت(٣)، لم يكن ذلك عَيْبًا حتّى يثبت أنّه كان عند البائع.

وأمّا «ارتفاعُ الحَيْضِ» فالمشهورُ من المذهب؛ أنّه إذا أتى مِنْ ذلك ما فيه ضَرَرٌ عليه[2]، فإنّه يردّها، ولا خلاف في ذلك في المذهب[3]، إلاّ ما قال ابن حبيب(٤) في الّتي لم يَأْتِ منه في مدّة الاستبراء ما خالف المعهود، وإذا(٥) اطّلع على أنّه كان يتأخّر عند بائعها المرّة بعد المرّة جاز(٦)، والله أعلمُ.

والحملُ في المرتفعة عَيْبٌ، ولا خلافَ في ذلك.

وأما «الوَخْشُ» فَرَوى ابنُ القاسم عن مالك(٧) أنّه عَيْبٌ[4].

قال ابنُ كنانة: ليس بعَيْبٍ[5]، ورواه أشهب عن مالك.

فإذا قلنا يردّ به[6]، فكيف يكون(٨) وجه الردّ؟ ففي «المبسوط»: إن جاءت به لِسِتَّةِ

---

(١) «ممّا» استدركناها من المنتقى.

(٢) «مذهب» استدركناها من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «استحيضت» وهي أسدّ.

(٤) لعلّ النّاسخ أسقط هاهنا فقرة بسبب انتقال نظره، وهي كما في المنتقى: «إلاّ ما قاله ابن حبيب قبل هذا أنّ ارتفاع الحيض المرّة بعد المرّة لا يلزم البائع التبرّي منه وليس للمبتاع الرّدّ به، ويحتمل أن يكون ما ذهب إليه ابن القاسم في المدوّنة في تأخّره في مدة الاستبراء حتّى يلحق به الضّرر، وما قاله ابن حبيب...».

(٥) في المنتقى: «وإنّما».

(٦) «جاز» ساقطة من المنتقى.

(٧) «عن مالك» استدركناها من المنتقى ليستقيم الكلام.

(٨) «يكون» استدركناها من المنتقى.

....

(1) باب جامع العيوب: 3: 314 ـ 315.

(2) أي على المبتاع.

(3) انظر المدونة: 3/ 315.

(4) ووجهُ هذا القول: أنّ الوَخْش عَيْبٌ ينقص من الثّمن، فثبت به حكم الرّد بالعَيْبِ كسائر العيوب.

(5) ووجهُ هذا القول: أنّه لو ابتاعها في جملة رقيقٍ لم يردّها بعَيْبِ الحمل، رواه ابن القاسم عن مالك في العُتْبِيَّة.

(6) أي بالحمل.

أشهرٍ من يوم قبضها لم يردّ البيع، وإن وَلَدَت قبل ذلك كان له الرّدّ.

ووجه ذلك: أنّها إذا(١) وَلَدَت لسِتّة أشهر[1]، جازَ أن يحدثَ عند المبتاع، فصار له حكم ما يقدم ويحدثُ من العُيوبِ، فإن ولدته لأقلّ من ستّة أشهر على أنّه عَيْبٌ قديم، يثبت الرّدّ به.

وأمّا «الزَّعَرُ»[2] فإنّه عَيْب يُردّ به[3]. وقال محمّد: وإن كان في غير العَانَةِ.

واختلفَ علماؤنا في تعليل ذلك:

فقال سحنون: هو عَيْبٌ؛ لأنّه يذهبُ بلذّة الوَطْءِ، وهذا يقتضي اختصاصه بالفَرْجِ.

وقال ابنُ حبيب: لأنّه لا تُتّقَى(٢) عاقبته[4]، يعني: الجُذَام.

وإن كان في آباء الرّقيق مجذومٌ أو مجذومةٌ، فهو عَيْبٌ يُردّ به، وَخْشًا كان أو رائعًا، قاله(٣) عبد الملك عن مالك. أمّا إن كان أحدهما[5] أسود، فلا ردّ له، قاله أشهب، وإن كانت ذات عَيْب(٤)، وفي[4] «**الواضحة**» عن مالك أنّه عَيْبٌ في الرّائعة، قال: لِمَا يتّقى أن يخرج الولد أسود.

وأمّا «عيوب الدّوابّ» فإن كان خِلْقَةً، كَالْعَوَرِ والجَرَدِ، أو حادثًا كالرَّمَصِ والدَّبَرِ، فإنّه يردّ به، وكذلك سائر المبيعات غير الرّباع[6].

فأمّا «الدّار» إن وُجِدَ بها صَدْعٌ، قال ابنُ القاسم[7]: أمّا ما يخاف منه سقوطها فيردّ به، وإلاّ فلا.

---

(١) «إذا» استدركناها من المنتقى.

(٢) في الأصل: «لأنّه تتقى» وهو تصحيف، والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «وقال» وفي المنتقى: «رواه» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

(٤) في الأصل: «ثمن ففي» والمثبت من المنتقى.

....

(1) من يوم البيع.

(2) الزّعر: قلة الشّعر وتفرّقه.

(3) قاله مالك في المدونة: 3/312.

(4) تتمّة العبارة كما في المنتقى: «. . . من الدّاء السّوء».

(5) أي أحد أجداد الأمَة.

(6) فإن ما وجد فيها من عَيْبٍ ينقص ثمنها فإنّه يثبت به خيار الرّدّ بالعَيْبِ.

(7) في المدونة: 3/312 فيمن اشترى دارًا أو حيوانًا فأصاب بها عيبًا.

وقال ابنُ أبي زيدٍ: العيوبُ فيها على ثلاثةِ أضرُبٍ:

أحدُها: أن تستغرق معظم الثّمن، فهذا يردّ به ويرجع بالثّمن.

الثّاني: ألاّ ينقص من الثّمن، فهذا لا يردّ به، ولا يرجع قيمة العَيْب.

الثّالث: أن ينقص من الثّمن ولا ينقص[١] معظمه، فهذا يرجع[٢] بقيمة العَيْبِ، ولا تردّ به، ورأيت لبعض أصحابنا أنّه تردّ[1].

واختلف القائلون بقول[٣] ابنِ أبي زيدٍ في تعليل ذلك؟

فقال أبو محمّد: إنّ الدّار تخالفُ سائرَ المبيعات، بدليل أنّه إذا استحقّ منها اليسير لزم الباقي بالثّمن.

وأيضًا: فلو أطلق أحدٌ[٤] العَقْد فيها، واستحقّ بعض جدرانها، لم يرجع المبتاع في شيءٍ من الثّمن.

وقال غيرُه: العلّةُ أنّها لا تتّخذ غالبًا إلاّ للقِنْيَة، وليس المقصود منها الأثمان.

٤ ـ **الرّابعة**[2]:

وأمّا «ما ينقص ثمن المَبِيعِ ولا ينقص جسده، كالإِبَاقِ[٥]، والسّرقة، وشرب الخمر، والزّنا في العبد عند مالك» فهو عَيْبٌ يردُّ به، وبه قال الشّافعيّ[3].

وقال أبو حنيفة: لا يُردّ به[4].

ودليلُنا: أنّه زنا وُجِدَ في مملوكٍ، فإنّ له أن يردَّه كما لو كان له جارية.

وأما «البول في الفراش» ففي الكِبَرِ عَيْبٌ يردّ به العَبْدُ والأَمَةُ، رائعين كانا أوْ لاَ،

---

(١) في الأصل: «ولا يكون» والمثبت من المنتقى.

(٢) في الأصل: «راجع» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «في قول» والمثبت من المنتقى.

(٤) «أحد» استدركناها من المنتقى ليلتئم الكلام.

(٥) في الأصل: «كالابق» والمثبت من المنتقى.

....

(1) في المنتقى: لبعض أصحابنا الأندلسيين أنّه تردّ به.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 190.

(3) انظر الحاوي الكبير: 5/ 249 ـ 254.

(4) انظر المبسوط: 13/ 92، 106.

وبه قال الشّافعيّ[1].

وقال أبو حنيفة[2]: لا يردّ به العبد، وتردّ به الأَمَة.

ودليلنا ما تقدّم.

فرع[3]:

والتأنيثُ في العبد، والتَّرَجُّلُ في الأَمَةِ عَيْبٌ، *قال ابنُ حبيب عن مالك: معنى ذلك أن يكون العبد متخنّثًا*[١]، ومعنى ذلك أنّه يُؤْتَى.

وأمّا من اشترى عبدًا على أنّه أعجم، فألفاه فصيحًا، أو على أنّه مجلوب، فألفاه مولّدًا، ففي «**الواضحة**» عن أَصْبَغ أنّ له الردّ؛ لأنّ النّاس في المجلوب أرغب، وكذلك الدّوابّ.

وأما «عِثَارُ الدّابةِ» ففي «**المدنية**»[٢] رواية ابن دينار عن ابن كنانة: إنْ عَلِمَ أنّ ذلك كان عند بائعها بشهادة أو إقرار رُدَّتْ عليه، وإن لم يعلم، وكان عِثَارُها قريبًا من بيعها، حلفَ البائعُ أنّه ما عَلِمَ بذلك، وإن ظهر ذلك بها بَعْدَ طُولِ مدّةٍ يحدثُ العِثَارُ في[٣] مثلها، فلا يَمِينَ عليه[٤].

قال الإمامُ[4]: هذه العيوبُ إنّما يُردّ بها[٥] إذا ثبت[٦] أنّها كانت في ملك البائع.

---

(١) ما بين النجمتين استدركناه من المنتقى ليستقيم الكلام.

(٢) في الأصل: «المدونة» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «فحديث العثار فيها» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «عليها» والمثبت من المنتقى.

(٥) «بها» زيادة من المنتقى.

(٦) في الأصل: «أثبت» والمثبت من المنتقى.

....

(1) انظر الوسيط للغزالي: 3/ 120.

(2) انظر المبسوط: 13/ 108 ـ 109.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 4/ 190، ما عدا المسألة الثانية فيه فإنها مقتبسة من صفحة: 191.

(4) الكلام موصولٌ للإمام أبي الوليد الباجي.

فرع[1]:

واختلف علماؤنا في هُزَالِ[(١)] الدّوابِّ وسمنها.

فَرَوى ابنُ حبيب عن مالك: لا يثبتُ الخِيَار لهما في الرّقيق، ويثبتُ بهُزال[(١)] الدّوابّ[2].

وقال ابنُ القاسم: لا يثبتُ لهما في الرّقيق ولا في الدّوابّ[3].

واختار ابنُ حبيب أنّ ذلك كلّه بالخيار، ورواه عن شيوخه[4].

٥ ـ الخامسة: مسألة المواضعة[5] في الرّقيق[6]

أمّا حكمُها، فإنّ ضمانَها من البائع، ويلزمه قيمتها، وما لحقها فيها من موت أو نقص جسم فمنه، وللمُبتاع في الموت إمساك الثّمن وارتجاعه إن كان أَخْرَجه، وفي النّقص خِيَار الرّدّ بالعَيْبِ أو الإمساك، وأمّا إن كان في غير الجسد كالزّنا والسّرقة، فجمهورُ أصحابنا أنّ له الرّدّ بذلك[7]، وحكى ابنُ حبيب عن أَصْبَغ: لا يردّها[8].

وأمّا ما حدث لها من مالٍ بِهِبَةٍ أو صدقة، فللبائع إن كان لم يسْتَثْن منه مالها؛ لأنّه ضامن لها.

---

(١) في الأصل: «هزل» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 4/ 198.

(2) الذي في المنتقى: «... فروى ابن حبيب أن مالكًا لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب ولا بهزال الرقيق ولا بسمنه، وشبهه بهزال الدواب».

(3) الذي في المنتقى: «وابن القاسم لا يثبته بهزال الرّقيق ويثبته بهزال الدّواب وسمنها».

(4) وهي رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة في الدّواب، ويذكر الباجي أنّ هذا مبنيّ على أنّ النّقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النّقص اليسير، وأمّا صلاح البدن ما لم يكن سمنا بينا فلا خلاف أنّه لا يثبت الخيار لأنّه زيادة في الجسم خاصّة، وإنّما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم في نقص كثير القيمة.

(5) عرّف أحمد بن المعذل المواضعة في كتابه «المبسوط» فقال: «أن توضع الجارية إذا بيعت على يد امرأة معدّلة حتى تحيض حيضة، فإن هي حاضت كمل البيع، وإن لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع» عن المنتقى: ٤/ ٢٠٢.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 204 ـ 205.

(7) وجه قول جمهور المالكية: أنّ هذا لو كان أقدم من أمد التّبايع لردّ به، فإذا حدث في مدّة المواضعة كان له الردّ كنقص الجسم.

(8) وجه قول أَصْبَغ أن مثل هذا يمنع البائع بيعها؛ لأنّها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا في مدّة المواضعة فتردّ عليه، وما كان بهذه الصفة وجب أن يمنع منه.

وأمّا ما حدث لها من وَلَدٍ:

فقد قال ابنُ القاسم: للمبتاع[1].

وقال أشهبُ: للبائع[2].

وإن أسقط المواضعة ورَضِيَ بالحمل بعد العَقْدِ:

فقال ابنُ القاسم[١]: له ذلك وإنْ أبَاهُ البائع.

وقال سُحنون: ليس له ذلك.

ووجهُ القولِ الأوّل: أن كلّ عَيْبٍ يجوزُ له[3] الرّضا به بعد ظهوره، فإنّه يجوزُ له الرّضا به قبلَ ظهورِه كسائر العُيوبِ.

ووجهُ قولِ سحنون: أنّ المبتاعَ إنّما أسقط ما وجب له من الضّمان على البائع ليتعجّلَ الخِدْمَة.

٦ ـ السّادسة: في بيان ما تنتقض به المواضعة[4]

فإنّها تكون بأحد وجهين: بحيض، أو شهور.

فأمّا الحيضُ، فالّذي يُجزِىءُ منه حيضةٌ واحدةٌ[5]؛ لأنّ بها تحلّ الأَمَة[6]، وليس يتعلّق بها معنىً من العبادة[٢]، ولا حرمة الحرّيّة، فلذلك لم يتكرّر[7]. فإن كان البيع بعد ابتداءِ الحيضِ، فإن كان في أوّله أجزأه، وإن كان في آخره[8] استؤنفت بعد المواضعة.

ووجه ذلك: ما احتجّ به ابنُ القاسم من أنّ الرّحم في ذلك الوقت لا يقبل المنيّ، بل يقذف بالدّم، وفي آخره يقبل المنيّ، فلذلك افترقا.

---

(١) في الأصل: «ابن الماجشون» والمثبت من المنتقى.

(٢) في الأصل: «العادة» والمثبت من المنتقى.

....

(1) لأنّه نماء من جنس المبيع فأشبه الثمن.

(2) وذلك لأنّه نماء منفصل في مدّة المواضعة، فكان للبائع كنماء المال.

(3) أي المبتاع.

(4) هذه المسألة اقتبسها المؤلف من المنتقى: 4/ 205.

(5) انظر المعونة: 2/ 944.

(6) في المنتقى: «لأنّ بها تحصل غلبة الظّنّ ببراءة الرّحم».

(7) أي لم يتكرّر الحيض فيها تكرره في العدّة.

(8) أي في آخر الحيضة وبعد أن ذهب معظم الدّم لم تقع به البراءة.

٧ ـ السّابعة: في حدّ المقدار الّذي يجزىءُ من الحَيْضَةِ الباقية[1]

قال محمد: إنْ بقي منه ما يعرف أنّه حَيْضَة أجزأه. ويحتمل قوله أمرين:

أحدُهما: أنّه مقدار أقلِّ الحَيْض، فلذلك أجزأه، ولذلك قال في آخره: وإن كان إنّما بقي منه اليوم واليومان لم يجزئه.

والثاني: أنّه إن كان في وقت يرى أنّ الرّحم يرخي[2] الدّم، فلا يقبلُ المَنِيَّ، فهو براءةٌ، وإنْ كان على غير ذلك، فإنّما هي مدّة لاستقصاء بقايا الدّم، فليس ببراءة.

فرع:

وإن كانتِ الحيضةُ بعد الابتياع، فلا يخلو أن تأتي على المعهود، أو تتأخّر عنه، فإن أتت على المعهود، تمّت المواضعة بها. وإن كانت بعد التّبايع بلحظةٍ؛ لأنّا قد قلنا: إنّ التّبايع إن كان في أوّل الحيضة إنّ المواضعة تتمّ بهناء.

فرع:

فإن كانت ممّن تحيض فارتفعت حيضتُها، فاختلف علماؤنا في ذلك[3]:

فَرَوَى ابنُ وهب أن براءتها تسعة أشهر[4].

وقال ابنُ القاسم وغيره: براءتُها ثلاثة أشهر، إلاّ أن ترتاب فتُقيم تمام التّسعة الأشهر ولم(١) تبرأ، إلاّ أن يطرأ(٢) بها حملٌ[5].

وهذا فيمن يتكرّر حيضها قبل الثّلاثة، فأمّا من كانت حيضتها تبطىء أكثر من ثلاثة،

---

(١) في الأصل: «ثم» والمثبت من المنتقى.
(٢) في المنتقى: «يظهر».

....

(1) هذه المسألة بفرعيها اقتبسها المؤلّف من المنتقى: 4/ 205.
(2) في المنتقى: «يرمي».
(3) انظر المدونة: 2/ 346 في استبراء الأمة تباع فتحيض عند البائع قبل أن يقبضها المبتاع.
(4) وجه رواية ابن وهب: أن ارتفاع الحيض ريبة، فوجب أن تتربّص له مدّة الحمل وهي تسعة أشهر، وأصل ذلك: ارتفاع حيضة المطلقة.
(5) وجه رواية ابن القاسم: أنّ ارتفاع الحيض بمجرّده ليس بريبة؛ لأنّه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك، فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحيضة.

فلا يخلو أن تكون عادتُها أن تكونَ أقلّ من تِسعةٍ أو أكثر[1]، فإن كانت أقلّ، فَرُوِيَ[2] عن ابن القاسم أنّها ثلاثة تبرئها[3]. وروى يحيى[4] أنّه لا يبرئها إلاّ الحيض، وإلاّ رفعت إلى التّسعة الأشهُر[5] إن استبرأت، والفروعُ على هذا الباب كثيرة جدًّا، لُبابُها ما سردناه عليكم، فَعَوِّلُوا عليه.

باب[6]

ما يُفعَل بالوليدة إذا بيعت واشترط فيها

الأحاديث في هذا الباب:

قال الإمام: فالشّرط فيها ينبني على أكثر القواعد السابقة[١]، ولكنّ مسائلَ الشَّرْطِ مُعْضِلةٌ قديمًا وحديثًا. رُوِيَ[7] عن عبد الوَارِث بنِ[٢] سعيدٍ[8] قال: دخلتُ مكّةَ فلَقِيتُ أبا حنيفةَ، فسألتُه عن بيعٍ وشَرْطٍ؟ فقال: البيعُ باطلٌ، والشّرطُ باطلٌ. ثمّ أتيتُ ابنَ أبي ليلى فسألتُه عن بيعٍ وشرطٍ؟ فقال: البيعُ جائزٌ والشّرط باطلٌ[9]. ثمّ أتيتُ ابنَ شُبْرُمَةَ فسألتُه، فقال: البيعُ جائزٌ والشّرطُ جائزٌ. فقلت: ثلاثةٌ اختلفوا في هذه المسألة ولم يتّفِقوا فيها على جوابٍ! قال: فأتيتُ أبا حنيفةَ فأخبرتُه، فقال: لا أدري ما قالا. حدّثني عَمْرُو

---

(١) في الأصل: «... الإمام: لا ينبى على أكثر القواعد السبعة» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «أن» والمثبت من القبس.

....

(1) إن كانت عادتها أكثر من تسعة أشهر فجمهور المذهب أن الثلاثة تبرئها.

(2) الرّاوي عن ابن القاسم هو عيسى، كما نصّ على ذلك الباجي.

(3) وجه رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم: أنّ من كانت لا تحيض في ثلاثة أشهر، فإنّ ثلاثة أشهر تبرئها كالّتي لا تحيض، إلاّ في أكثر من تسعة أشهر؛ لأن الأشهر الثلاثة براءة لكل من لا ريبة بها.

(4) رواية يحيى هنا هي عن ابن القاسم، ووجه هذه الرّواية: أنّ من كانت عادتها في الحيض أكثر من ثلاثة أشهر ودون التّسعة، فإن الثلاثة لا تبرئها؛ لأنّ هذه حالها التي لا تبرىء قطّ في الحمل وغيره، فلا يستدلّ بها على براءتها.

(5) في المنتقى: «إلى ثلاثة أشهر».

(6) انظره في القبس: 2/ 806 ـ 810.

(7) رواه المؤلِّف بسنده في القبس: 2/ 806 ـ 807، وانظر هذه الفقرة في المبسوط: 13/ 13 ـ 14.

(8) هو أبو عبيدة البصري (ت. 180) أحد الأيمة الأعلام، انظر أخباره في تهذيب الكمال: 18/ 478، وسير أعلام النبلاء، 19/ 189.

(9) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 18.

بنُ شُعَيب، عن أبيه، عن جدّه؛ أنّ رسول الله ﷺ «نَهى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»[1]. ثمّ أتيتُ ابنَ أبي ليلى فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا، حدَّثني هشامُ بن عُرْوَةَ، عن أبيه، عن عائشة، أنّ النّبيّ ﷺ قال لها في بَرِيرَةَ: «اشتريها وأعتِقِيها» الحديث. ثمّ أتيتُ ابنَ شُبْرُمَة فأخبرتُه، فقال: لا أدري ما قالا، حدّثني مِسْعَرُ بنُ كِدَامٍ، عن مُحَارِبِ بن دِثَارٍ، عن جَابِرِ بنِ عبدِ الله، قال: اشتَرَى النّبيُّ مِنّي ناقةً وشرَطَ لي حُمْلانَها إلى المدينةِ[2].

فهذه أغراضٌ متفاوِتَةٌ[١] في فهمِ مواقعِ ذِكْرِ الشّروطِ في الحديث، وقد رأيتُ لعبد الحميد الصّائغ[3] «جزءًا في تفصيل الشّروط» لكن على المذهب المالكيّ، قد أتقنَ[٢] فيه ترتيبَ المذاهبِ في هذا الحديث، كنت قد كتبتُه بخطِّ يدي وقرأتُه، لكنه شذَّ عنّي، والّذي يحصُرُ الشّروطَ في الأغلبِ ردُّها إلى القواعدِ الّتي مَهّدناها، وعرضُها[٣] عليها.

فلا يخلو وقوعُ الشّروطِ في العَقْدِ[4]، والأمثلة في ذلك أربعة أمثلة:

الأوّل: إذا اشترى عبدًا من رجلٍ بشَرْطِ الهِبَةِ له[٤] أو لغيره، انفردَ بها مالكٌ فقال: هو جائز.

وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ؛ لأنّه[٥] إنّما يحتمِلُ في البَيْعِ[٦] لحرمةِ العتقِ وما فيه من التّقرّبِ إلى الله.

قلنا: وكذلك يَحتملُ الهِبَةَ؛ لِمَا فيها من المعروف والمواصلة وإسداءِ[٧] المعروف

---

(١) في الأصل: «اعتراض متقاربة» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل: «قد قضى» والمثبت من القبس. (٣) ف: «مهدنا وعرضناها» والمثبت من القبس.
(٤) «له» زيادة من القبس. (٥) في الأصل: «لا» والمثبت من القبس.
(٦) «في البيع» زيادة من القبس يلتئم بها الكلام.
(٧) في الأصل: «وابتداء» والمثبت من القبس.

....

(1) أخرجه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة: 160.
(2) أخرجه الطبراني في الأوسط (4361)، قال الهيثمي في المجمع: 4/ 85 «وفي طريق عبد الله ابن عمرو مقال» وانظر نصب الراية: 4/ 17.
(3) هو الإمام الأصولي النظّار عبد الحميد بن محمد المعروف بابن الصائغ (ت. 468) انظر أخباره في ترتيب المدارك: 8/ 105، والجمهرة: 2/ 615.
(4) الظّاهر أنّه سقطت هاهنا فقرة لا يستقيم الكلام بدونها، وإليكموها كما في القبس: «ولا يخلو وقع الشّرط في العقد من أن يكون ملائمًا لمقصود العَقْدِ ومقصود العاقد غير مطرق إلى العقد عددًا ولا موقع المال خسارة، فلا وجه لردّه، هذا إذا كان مقصود العقد غير معارض لطريق من طرق الشّريعة».

وتأكيدُ الوُصْلَةِ، فهذا الّذي لَحَظَ مالك فيها.

الثّاني: إذا باعه منه على ألاّ يبيعَهُ المشتري ولا يفوتَه، لم يَجُزْ؛ لأنّها مُغَابَنَةٌ[١] مناقِضَةٌ للعَقْدِ ومعارِضَةٌ.

الثّالث: إذا باع منه عبدًا على أنّه إن أَبَقَ كان من ضمانه، أو مريضًا على أنّه إن مات كان من ضمانه، لم يَجُزْ؛ لأنّ ذلك مناقضٌ لمقصودِ العَقْدِ ومقتضاه، إذِ العَقْدُ يقتضي خروجَ المَبيعِ من مِلْكِ البائعِ وضمانِه، وهذا يُضادُّه.

الرّابع: إذا اشترط عليه إن لم يأت بالثّمن إلى أجلِ كذا، فلا يتمُّ بينهما. قال علماؤنا: لم يَجُزْ؛ لأنّه زاده في الثّمن لموضع الشّرط، وهذا من أكل المالِ بالباطلِ، وعَرَضَهُ محمّدُ بن الموّازِ على أصلٍ آخرَ فقال: إن كان في العَقَارِ والدُّورِ الشَّهْرَ ونحوَهُ، جازَ، وفي العُروضِ لا يجوزُ، نظرًا إلى أنّ المدّةَ اليسيرةَ داخلةٌ في حدِّ القِلَّة، فلا تُعتبرُ كما لا تُعتَبرُ في الاستثناءِ[٢]، وما أشبَهَهُ يرجِعُ إلى القاعدةِ السّابعةِ[٣].

باب[1].

النّهي أن يطأ الرّجلُ وليدته ولها زوجٌ

قال الإمام: ذكر مالكٌ[2] فيه[٤] مسألةَ شراءِ الطّلاقِ من الزّوجِ، حينَ أرضَى ابنُ عامرٍ زوجَ مملوكتِه حتّى طلّقها. والطّلاقُ[٥] إنّما يجوزُ شراؤه بين الزّوج والزّوجة، وفي حقِّ غيرهما ليس ممّا يقابِلُه مالٌ[٦]. بَيْدَ أنّ شِراءَ الأَمَةِ ذاتِ الزّوجِ إنّما[٧] اختلف العلماءُ

---

(١) في القبس: «مجانبة» !

(٢) في الأصل: «سائر الأشياء» والمثبت من القبس.

(٣) في القبس: «. . . الاستثناء وما شابهه من القاعدة السّابعة».

(٤) في الأصل: «فيها» والمثبت من القبس.

(٥) في الأصل: «الطّلاق» بدون واو، وقد استدركناها من القبس.

(٦) «مال» زيادة من القبس.

(٧) ف: «لما» والمثبت من القبس: 16/201 (ط. هجر).

. . . .

(1) انظره في القبس: 2/810 ـ 811.

(2) في الموطأ (1804) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2494)، وسويد (222)، ومحمد بن الحسن (795).

في بيعها، هل يكون طلاقًا أم لا؟ فإن كان طلاقًا بَطَلَ حقُّ الزّوجِ، وإن كان ماضيًا[١] نُزِّلَ السَّيِّدُ منزلةَ أَمَتِهِ في شراء الطّلاق لوجهين:

أحدُهما: أنّ السَّيِّد مالكُها.

والثّاني: أنه شَرِيكٌ للزّوج فيها، الحِلُّ للزّوجِ والبُضْعُ للسَّيِّد، ولذلك لو وَطِئَها السَّيِّدُ لم يُحَدَّ[٢]، فكان شراؤه منه من باب المعروف.

باب
ما جاء في ثَمَرِ المال يُباعُ أصلُه

قال الإمام: قوله[1]: «قَدْ أُبِّرَتْ» التّأبير: التّلقيح[2]، قال ابنُ حبيب[3]: هو أن يُشَقَّ الطّلع عن الثّمر، فإذا تمّ اللّقاح سقطَ ما سقطَ، وثبتَ ما ثبتَ، فحينئذٍ تكون الثّمرة للبائع بإطلاق العَقْد.

قال الإمام[4]: هذا الباب ينبني على القاعدة العاشرة، وهي قاعدةُ المقاصد؛ لأنّ الثّمرةَ ما دامت كائنةً في الشّجرةِ، لم يتعلّقْ بها قَصْدٌ، ولا أمْكَنَ لأحدٍ فيها تناوُلٌ، فإذا برَزَت تعلّقتْ بها المقاصدُ، وانفردت عن الشّجرة صورةً وصِفَةً واسْمًا، فلذلك لم تتبَعْها[٣]، خلافًا لأبي حنيفة، وقد مهّدنا ذلك في «**مسائل الخلاف**».

الفقه في أربع مسائل:

الأولى:

ما عدا النّخل في التّأبير، فيه ما قدّمنا، وفي التّين وما لا زَهْرَ له، أن يبرز جميع

---

(١) القبس: «باقيا» وفي حاشية نسخة من القبس: «باطلا»
(٢) في الأصل: «لم يجز» والمثبت من القبس. (٣) ف: «فيها» والمثبت من القبس.
(٤) ف: «يمنعها» والمثبت من القبس.

....

(1) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (1806) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2495)، وسويد (223)، وابن القاسم (234)، ومحمد بن الحسن (792)، والقعنبي عند الجوهري (682)، والشافعي في الرسالة (331)، وابن مهدي عند أحمد: 2/ 63، والتنيسي عند البخاري (2204)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1543)، وابن بكير عند البيهقي: 5/ 324.
(2) انظر غريب الحديث للحربي: 1/ 80، والاقتضاب في غريب الموطأ: 69/ ب [2/ 174].
(3) لم نجد هذا الكلام في تفسير غريب الموطّأ: 2/ 85 بل وجدنا ما نصُّه: «أبرت نخلي، وهي نخل مأبورة: إذا ذكّرتها بطلع الفحل».
(4) انظر هذا القول في القبس: 2/ 811.

الثّمرة عن موضعها، وهو بمنزلة التّأبير فيها؛ لأنّه حينئذٍ يتبيّن حالُه وكثرتُه وقِلّتُهُ. والتّأبيرُ في النّخل الّتي لا تؤبّر، أن يبلغ مبلغ الإبار في غيرها.

وأمّا «الزّرع» فإبارُه أن يُفرِكَ في رواية ابن القاسم، وروى عنه أشهب أنّ إبَارَهُ ظهورُه في الأرض.

الثّانية:

قوله: «فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ» يريد أنّها له بمُطْلَقِ العَقْدِ.

وقال ابنُ أبي ليلى: هي للمشتري[1].

ودليلُنا: هذا، ومن جهة القياس: أنّ هذا إنّما يتميّز، فلم يتبع الأصل بمطلق العَقْد، كالجنين بعد الولادة.

الثّالثة:

إذا ثبت هذا، فليس للمشتري إجباره على نقل ثمرته قبل أوان جَدَادِها، وبه قال الشّافعيّ[2].

وقال أبو حنيفة: له ذلك[3]، والمسألةُ خلافيّةٌ.

الخامسة:

فإن أبّر بعضه دون بعض، فلا يخلو أن يكونا متساويين، أو يكون أحدهما أكثر، فإن كانا متساويين، فقد قال مالك: ما أُبِّرَ للبائع، وما لم يُؤبَّر للمبتاع[4].

وقال محمد: ما أُبِّرَ تبع ما لم يُؤبَّر، وذلك للمبتاع.

وقال سحنون عن ابن القاسم في «العُتْبِيّة»[5]: إمّا أن يسلم المبتاع، أو يسلما جميعًا، وإلاّ فسخ البيع وإن رضي المبتاع بالنّصف.

....

(1) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 81، ومختصر الطحاوي: 78.

(2) انظر الحاوي الكبير: 5/ 169.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 78.

(4) انظر المعونة: 2/ 1012.

(5) 7/ 305 في سماع ابن القاسم عن مالك، من كتاب أوّله: كتب عليه ذكر حقّ.

بَابُ
النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ(١) قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهَا

وقال[1] في حديث أنس[2]؛ أنّ رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ، قِيلَ(٢): يَا رَسُولَ اللَّهِ: وَمَا تُزْهِي؟ قَالَ: حَتَّى(٣) تَحْمَرَّ.

وقال في حديث آخر[3]: «أَرَأَيْتَ إِنْ(٤) مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ» قال الإمام: الحديثُ صحيحٌ متّفَقٌ على صِحّته.

قولُه: «حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا» معناه: حتى تُزْهِي، وهو بُدُوُّ الحُمْرَةِ.

وقال[4] ابنُ الأعرابي: يقال زَهَا النّخلُ يَزْهُو، إذا ظَهَرَ ثَمَرُهُ، وأَزْهَى: إذا احْمَرَّ واصْفَرّ[5].

وقال غيرُه: يَزْهُو(٥) خَطَأٌ في النَّخْلِ، إنّما هو يُزْهِي، فإذا أَزْهَتْ خرَجَت من حدّ الخضرة إلى الزّهو، والزّهو أحمر، والبسر أصفر.

وفي[6] حديث آخر: أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِهِ حَتَّى يَنْتَقِح[7]، والتّنقيحُ هو الزّهوُ أيضًا.

قال ابنُ حِبيبٍ[8]: «الثَمرِ النَّخْلِ(٦) سبعُ دَرَجَاتٍ:

---

(١) في الموطأ: «الثمار».
(٢) في الموطأ: «فقيل له».
(٣) في الموطأ: «حين».
(٤) في الموطأ: «إذا».
(٥) في الأصل: «الزهو» والمثبت من المعلم.
(٦) ف: «للثمرة والنخل» والمثبت من كتاب ابن حبيب.

....

(1) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 93/ ب.
(2) في الموطأ (1808) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3499)، وسويد (224)، وابن القاسم (151)، والقعنبي عند الجوهري (319)، والشافعي في مسنده: 143، والتنيسي وقتيبة بن سعيد عند البخاري (2198، 1488)، وابن وهب عند مسلم (1555).
(3) هو في الموطأ جزء من الحديث السابق.
(4) هاتان الفقرتان مقتبستان من المعلم للمازري: 2/ 171.
(5) انظر قول ابن الأعرابي في الاقتضاب في غريب الموطأ: 69/ ب [2/ 176].
(6) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: الورقة 93/ ب.
(7) رواه الطبراني في المعجم الأوسط (6386) من حديث جابر مطوّلاً.
(8) بنحوه في تفسيره لغريب الموطّأ: الورقة 73 [1/ 370]، وذكر نحوه في الواضحة كما نصّ على ذلك ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 720. وانظر كلام ابن حبيب في المنتقى: 4/ 217، والاقتضاب: 2/ 181.

1 ـ الطَّلْعُ، ثمّ ينتفخُ الحَبّ عنها ويبيضُّ فيكون إغْرِيضًا.

2 ـ ثمّ يعظمُ وتعلوهُ خُضْرة فيكون بَلَحًا.

3 ـ ثمّ تَعلُوهُ حُمْرةٌ، فيكون زَهْوًا.

4 ـ ثمّ يَصْفَرُّ، فيكون بُسْرًا.

5 ـ ثمّ تَعلُوهُ كُدْرَةٌ، فيكونُ نَضِيجًا.

6 ـ ثمّ يكونُ رُطَبًا.

7 ـ ثمّ ييبسُ فيكون تَمْرًا».

وصلاحُ «التّين» أن توجدَ فيه الحَلاوةُ، ويظهرُ السّوادُ في أَسْوَدِهِ، والبياضُ في أبيضِهِ، وكذلك العِنَب.

وصلاحُ «الزّيتون» أن ينحو إلى السّوادِ.

وصلاحُ «القِثّاءِ» أن ينعقد ويبلغ حدّ ما له طعم.

قال: وأما «البِطّيخ» فإذا نحا ناحية الاصفرار والرُّطوبة.

الفقه في أربع مسائل:

الأولى[1]:

لا يخلو أن يكونَ بشرطِ القَطْعِ، فذلك جائزٌ إجماعًا لعدمِ الفساد[١].

وأمّا أن يكون بشرط التّبقية، فهو باطلٌ إجماعًا، مبنيًّا على قاعدة الغَرَرِ والجهالةِ.

وأمّا إن باعها مطلقًا، فقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ[2]؛ لأنّ الإطلاقَ يقتضي التّبقيةَ، إذِ المقصودُ من الثّمرة زَهْوُها واجتناؤها طَيبةً.

وقال أبو حنيفةَ: ذلك جائزٌ[3]؛ لأنّ مطلقَ العَقْد يُحْمَلُ على الجائز شرعًا فيجوزُ، ويُكلَّف أن يَجَدّ.

---

(١) في القبس: «المفسد».

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 811.

(2) انظر الحاوي الكبير: 5/ 191.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 117.

واختلَفَ في ذلك جوابُ علمائنا؛ فوردَ بالوجهين، والمسألةُ محتمِلَةٌ[1]، والعُمدةُ فيه أنّ العَقْدَ باطلٌ؛ لأنّ المقصود من الثّمرةِ اجتناؤُها طيبةً، فَتُحْمَلُ على المقاصدِ، ويُفْسَخُ العَقْدُ حتّى يُصَرِّحَ بما نَوَى.

الثّانية:

فإذا ثبت ذلك، فإنّ نهيَهُ ﷺ عن ذلك اختلف علماؤنا في تعليله، فقال ابنُ مَسْلَمَة: الغَرَرُ موجود قبل بُدُوّ الصّلاح وبعدَه، ولكنّه لا غَرَضَ في شرائها قبل بُدُوّ الصّلاح، إلاّ بمجرّد الاسترخاصِ فلم يَجُزْ ذلك، لأنّها قد تسلم فترخص عليه، أو تتلف فتكون أقلّ من ثُلثُها وتكون غالياً.

وقال غيرُه: إن الغَرَرَ قبل الصّلاح أكثر، وبعد بُدُوّ الصّلاح يقلّ، وكثرة الغَرَرِ يُبطِلُ العقودَ.

فإذا ثبت ذلك، فالممنوعُ منه البيع المطلَق دون اشتراط القطع، وذلك أنّ بَيْعَ الثّمرة على ثلاثة أوجه[2]:

أحدُها: شرطُ القَطْعِ، فهذا لا خلافَ في جوازِه؛ لأنّه[(١)] لا غَرَرَ فيه.

والثّاني: أن يشترطَ التّبقية، فهذا لا خلاف في منعه، إلاّ ما رُوِيَ عن ابنِ حبيب في العريّة.

ووجهُ منعه: أنّ المنفعة تقِلُّ في ذلك ويكثُرُ الغَرَر.

وأمّا الثّالث: فإطلاقُ البيعِ فيها، فالمشهورُ عن مالك منعُه[3]، وبه قال الشّافعيّ[4].

ورَوَى ابنُ القاسم في البيوع الفاسدة جوازَهُ، ويكون مقتضاه الجَدَاد.

---

(١) في الأصل: «أنه» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

....

(1) انظر العارضة: 5/ 233 ـ 234.

(2) انظرها في المعونة: 2/ 1005، وعزاها إليه ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 719.

(3) انظر الموطأ (1810) رواية يحيى، والتفريع: 2/ 141، والمعونة: 2/ 1006.

(4) انظر الحاوي الكبير: 5/ 191.

بَابُ
مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْعَرِيَّةِ

الأحاديث:

رُوِيَ[1] عن أبي هريرة: «أَرْخَصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَرَايَا فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ» أو «دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ».

وفي «التّرمذيّ»[2] أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلاَمَ نَهَى عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ، إِلاَّ أَنَّهُ قَدْ أَذِنَ لأَهْلِ الْعَرَايَا.

وقولُ أبي هريرة[3]: «أَرْخَصَ رَسُولُ اللَّهِ فِي الْعَرَايَا» حَسَنٌ صحيحٌ[4].

قولُه[5]: «الْعَرِيَّة» قيل: هي فَعِيلَة بمعنى مفعولة، من عراه يعرُوهُ.

وقيل: من عرى يعري، كأنّها عريت من جملة التّحريم، فعريت أي خرجت، فهي فعيلة بمعنى فاعلة[6].

قوله: «أَرْخَصَ لِصَاحِبِ الْعَرِيَّةِ» مطلقُ الرُّخصةِ عند الفقهاء يقتضي أن يُخَصَّ بعض الجملة المحظورِ عليه حكمًا، لا يُعَدَّى إلى غيره، وليس هذا بصحيحٍ، والصّوابُ أن ينظر إلى عِلَّة ذلك، فإن كانت علَّتُه واقفة، بُنِيَ[(١)] الحُكْمُ على موضِعِها، وإن كانت متعدّية،

(١) في الأصل: «فبني» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

....

(1) في الموطأ (1814) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2506)، وسويد (226)، وابن القاسم (157)، ومحمد بن الحسن (758)، والقعنبي عند الجوهري (328)، والشافعي في مسنده: 144، وابن مهدي عند أحمد: 2/ 237، وعبد الله بن عبد الوهاب، ويحيى بن قزعة عند البخاري (2190، 2382)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1541)، وزيد بن الحباب، وقتيبة بن سعيد عند الترمذي (1301)، وابن وهب عند ابن الجارود (659)، وعثمان بن عمر عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 30، وابن بكير عند البيهقي: 5/ 310.

(2) الحديث (1300) من حديث زيد بن ثابت. وقد أخرجه أيضًا: أحمد: 5/ 185، 190، والطبراني في الكبير (4756).

(3) في حديث الموطأ السابق ذِكْرُهُ.

(4) هذا الحكم مستفاد من الترمذي في جامعه: 1/ 572.

(5) انظر هذا التفسير في العارضة: 6/ 36.

(6) انظر غريب الحديث لأبي عبيد: 1/ 293، وتفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 84 [1/ 372].

أثبت الحكم المعلّق منها حيثُ وُجِدَت.

ومعنى إطلاقهم عليها اسم الرّخصة؛ أنّ زيد بن ثابت رَوَى عن النّبيّ عليه السّلام منع بيع الرُّطَبِ بالتّمْر[1]، وروي عنه إباحة ذلك على الخَرْصِ في العَرِيّة[2]، فخصّ العَرِيَّة بهذا الحُكْم دون سائر المَبِيعِ من الثّمار، والمعنى المبيح لذلك، ضرورة الشَّرِكَة إذا كان أصلها العَرِيَّة، وهذا وإن كان ورد بلفظ المبيع ففيه معنىً من المنع، وذلك أن المعري إذا خرصت عليه العَرِيَّة، له أن يبيعها أو يأكلها ويصنع بها ما شاء، ورُوِيَ عن مالك.

وهذا الباب[3] يُخَرَّجُ على القاعدةِ الخامسةِ في استثناءِ المعروفِ من المُغَابَنَةِ والمُكَارَمَةِ من الرِّبا.

ورُوِيَ عن مالكٍ أنّ بيعَ العَرِيَّةِ لا يجوزُ إلاّ بالدّنانيرِ والدّراهمِ[4]، وهذا ينبني على مسألةٍ من أصولِ الفقه اختلفَ فيها قولُه، وهي: إذا جاءَ خَبَرُ الواحِدِ معارضًا لقاعدةٍ من قواعدِ الشَّرعِ[5]، هل يجوزُ العملُ به أم لا؟

فقال أبو حنيفةَ: لا يجوزُ العملُ به[6].

وقال الشّافعيّ: يجوز[7].

وتردّدَ مالكٌ في المسألةِ، والمشهورُ من قوله والّذي عليه المُعَوّلُ، أنّ الحديثَ إذا عَضَدَتْهُ قاعدةٌ أخرى قال به، وإن كان وحدَهُ تَرَكَهُ[8]، ولهذا قال في مسألة غسل الإناء

(1) لم نجد هذه الرواية عن زيد بن ثابت، فلعلّ الاسم تحرف من زيد أبي عَيّاش.

(2) رواه مالك (1813) رواية يحيى.

(3) الكلام التالي انظره في القبس: 2/ 812 ـ 813.

(4) الذي في العارضة: 6/ 37 «ثبت عند مالك أنّه قال: يجوز بيعها بكلّ شيء، وقيل: لا يجوز بيع العرية بالخرص إلاّ بالدينار والدراهم... وكأنّه رأى ذلك رخصة كانت في صدر الإسلام لحاجة النّاس ـ كما جاء في الحديث ـ فلما توسّع النّاس سقطت العلّة فسقط الحكم».

(5) انظر هذه المسألة عند ابن القصار في المقدّمة في الأصول: 110 ـ 111 باب القول في خبر الواحد والقياس يجتمعان، وانظر حواشي المعلق ففيها فوائد.

(6) انظر أصول السرخسي: 1/ 339، وكشف الأسرار: 2/ 378.

(7) انظر شرح اللّمع للشيرازي: 2/ 609، والبحر المحيط: 5/ 34.

(8) يقول المؤلّف في العارضة: 3/ 248 «أصل مالك... أنّ خبر الواحد إذا جاء بخلاف القواعد لم يعمل به، كما قال في بيع العرية بخرصها؛ لأنّه لا يجوز بيعها إلاّ بالدنانير والدراهم».

من وُلُوغِ الكلبِ[1]: «قد جاء هذا الحديثُ، ولا أدري ما حقيقَتُهُ»[2] لأنّ هذا الحديثَ عارضَ أصلين عظيمين:

أحدُهما: قولُه تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾[3] فقال مالك: يُؤكَلُ صَيْدُهُ فَكَيْفَ يُكْرَهُ لُعَابُهُ.

والثاني: أنّ عِلَّةَ الطّهارة هي الحياةُ، وهي قائمةٌ موجودةٌ في الكلب[4].

وأمّا حديثُ العَرَايَا، فإنْ صَدَمَتْهُ قاعدةُ الرّبا عَضَدَتْهُ قاعدةُ المعروفِ.

الأوّل[(١)][5]: قال مالك: العَرِيَّةُ: هي أن يعري الرّجل النّخلة، ثمّ[(٢)] يتأذى بدخوله عليه، فرخّص له فيها أن يشتريها منه بتمر.

الثّاني: قال الشّافعيّ[6]: لا يكون بالجُزَافِ[(٣)] وإنّما يكون بالكَيْلِ من التّمر يدًا بِيَدٍ.

الثّالث: قال سفيان[7]: هي[(٤)] نخلٌ تُوهَبُ للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروها، فرخّص لهم أن يبيعوها[(٥)] بما شاءوا من التّمر[(٦)][8].

وقال أبو حنيفة[9]: هذه المسألةُ باطلةٌ، لا يُباعُ مال الرّبا بالخَرْصِ.

وقد ثَبَتَ عن مالكٍ أنّه قال: يجوزُ بيعُها بكلِّ شيءٍ.

---

(١) وقع في الأصل طَمْسٌ مقدار كلمتين، وكلمة «الأول» هي من تقديرنا.

(٢) «ثم» زيادة من العارضة يقتضيها السّياق.

(٣) في الأصل: «إلاّ بالجزاف» والمثبت من العارضة.

(٤) في الأصل: «هو» والمثبت من العارضة.

(٥) «أن يبيعوها» زيادة منا يقتضيها السّياق، وهي ثابتة في المصادر.

(٦) في الأصل: «الثمرة» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.

....

(1) رواه مالك في الموطأ (71) رواية يحيى.

(2) قاله في المدونة: 1/ 5.

(3) المائدة: 4.

(4) فإذا كان الموت علّة النّجاسة، فقياس العكس يقتضي أن تكون الحياة علّة الطّهارة.

(5) انظر هذه الأقوال في العارضة: 6/ 36 ـ 37.

(6) انظر الحاوي الكبير: 5/ 218.

(7) في العارضة: سفيان بن حسين.

(8) في العارضة زيادة: «وبه قال إسحاق».

(9) انظر مختصر الطحاوي: 78.

وقيل: لا تجوز العَرَايَا بالخَرْصِ، لا بالدّنانير ولا بالدّراهم والعُرُوض وغيره. وإذا كانت للمساكين؛ فإنّه يجوز بيعُها، وقد مهّدنا ذلك في «كتب المسائل».

بَابُ
الْجَائِحَةِ فِي بَيْعِ الثِّمَارِ وَالزَّرْعِ

قال الإمام[1]: الجائحةُ في الثِّمار هي مسألةٌ انفردَ بها مالكٌ دونَ سائرِ الفقهاءِ، وهي مسألةٌ تَنْبَنِي[(١)] على القاعدةِ الخامسةِ في العُرْفِ، وعلى القاعدة العاشرة في المقاصِد والمصالِح، ونحن نُبيّنها لكم بعد أن نذكُرِ حُكْمَ المُعْظَم فيها.

رَوَى مسلمٌ في «الصّحيح»[2] أنّ النّبيّ عليه السّلام أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ، فإذا ثبتَ هذا الأصلُ، فإنّ الّذي يَنْفِي عنه اعتراضاتِ المخالِفينَ وتأويلاتِهم رَدُّهُ إلى قاعدة المقاصِد والمصالِح والعُرْف الجارية عليها أحكامُ الشّرعِ فنقولُ:

من حُكْمِ عَقْدِ البَيْع أن ينزلَ المشتري في منزلة البائع في المبيع مِلْكًا بمِلْكٍ، وحَالاً بحالٍ، ومنفعةً بمنفعةٍ، وإذا اشترى الثّمرةَ بعدَ بُدُوِّ صلاحِها من صاحبِها، فذلكَ محمولٌ على حالِ البائع فيها وعلى عُرْفِ النّاس، وهو أن يَقْتَضِيَهَا بطنًا بطنًا، وحَالاً حَالاً[(٢)]، ولا يجوزُ أن يَجُدَّها جملةً؛ لأنّ البائع لها لم يكن حالُه فيها كذلك[(٣)]، ولأنّ المقصودَ المعتادَ والمصلحةَ لا تقتضي ذلك فيها، فإذا أُنزِلَتِ الجائحةُ عليها، من غير تفريطٍ من المشتري في اقتضائها، فهذه مصيبةٌ نزلت قبل القَبْضِ، فلا كلامَ لأحدٍ من المخالِفينَ عليها، بَيْدَ أنّ المتقدّمينَ اختلفوا في نُكْتَةٍ، وهي أن الجائحةَ المكْتَسَبَةَ؛ هل تُساوي الجائحةَ الواقعةَ بالقُدْرَة الإلهيّة أم لا؟

وصورتُها: أنّ نزولَ الجيشِ على البلَدِ وإفسادِه الثّمارَ، هل يساوي هُبوبَ الرّياح ووقوعَ البَرَدِ أم لا؟

---

(١) «تنبني» استدركناها من القبس.

(٢) في القبس: «يقبضها ملكًا بملك وحالاً بحالٍ».

(٣) في القبس: «حاله كذلك فيها».

....

(1) انظره في القبس: 2/ 813.

(2) الحديث (1554) عن جابر بن عبد الله.

وهي مسألةٌ نظريَّةٌ قد حقّقناها في «مسائل الخلاف».

الفقه في أربع مسائل:

الأولى:

وفي هذا الباب ثلاثُ مسائل:

أحدُها: في تبيينُ ما يكونُ من المُتْلَفَاتِ جائحة.

الثّانية: في تبيين ما تُوضَعُ فيه الجائحة.

والثّالث: في مقدارِ ما يكونُ من ذلك جائحة.

أمّا الأولى[1]: فاختلف علماؤنا في معنى ما يُوضَع من الجوائح، فعند ابنِ القاسم[2] أنّ ما لا يُستطاع دفعُه، فإن عَلِمَ به فإنّه يكون جائحة، وما يُستطاع[١] دفعه، فإن علم به، فلا يكون جائحة، كالسّارق ونحوه، قاله في **«كتاب محمد»** وهو مذهب ابن نافع في **«المدّونة»**[3].

ورُوِيَ عن ابن القاسم في **«المدّونة»**[4] أنّ كلّ ما أصاب الثّمر بأيِّ وجهٍ كان، فهو جائحة.

وقال مُطَرِّف وابن الماجِشُون: لا يكون جائحة إلاّ ما أصاب من أمر السّماء من عَفَنٍ، أو بَرَدٍ، أو عطش، أو فساد بِحَرٍّ[٢].

فرعٌ:

فإذا ثبت ذلك، فالجائحةُ على ضربين:

1 ـ جائحةٌ من قِبَلِ الماء[٣].

---

(١) في المنتقى: «ولا يستطاع».

(٢) في الأصل: «بحري» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «السّماء» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة بفرعيها مقتبسة من المنتقى: 4/ 233 ـ 234.

(2) في المدونة: 4/ 21 في جائحة الجراد والرّيح والجيش والنّار وغير ذلك.

(3) انظر الموضع السابق.

(4) انظر الموضع السابق.

2 ـ وجائحةٌ من قِبَلِ غيره.

فأمّا الأوّل، فإن كان من قِبَلِ العطش، فقد قال مالك في «الواضحة»: يوضَعُ قليلُ ذلك وكثيرُه. وقاله ابنُ القاسم[1].

ووجهُه: أنّ هذه منفعةٌ من شرط تمامها السَّقْيُ، كمنفعةِ الأرض المكتراة، والفرقُ بينها وبين سائرِ الجوائحِ، أنّ سائرَ الجوائحِ لا تنفكُّ الثّمرةُ من يسيرها، وهذه تنفكُّ الثّمرةُ من يسيرِها، فالمشتري دخلَ على السّلامة منها، ولم يدخل على السّلامة في يَسيرِ العَفَنِ وأكلِ الطّير.

وأمّا الجائحةُ بكثرة المطر، فهو نوعٌ من العَفَنِ يوضع كثيرُه دون قليلِهِ.

الثّانية[2]:

وأمّا ما يُعتبرُ به في وضع الجائحة، فإنّه يرجع إلى معنَيَيْن:

أحدُهما: جنْسُ الثّمرة.

والثّاني: معنىً يقترنُ بها.

فأمّا جنسُها، فهو كلُّ مَبِيعٍ(١) يحتاج إلى بقائه في أصله، وذلك على ضربين:

أحدهما: لانتهاء صلاحه كثمرة النّخل والعِنَب والتُّفاح والتِّين.

والثّاني: يُحتاج إليه لبقاء رُطوبَتِه، كثمرةِ(٢) العِنَب إذا اشْتُرِيت بعد انتهاء طيبها، وكالبُقُول، والقَصِيل، والجَزَر(٣)، والسَّلْجَم، والبَصَل، والثُّوم.

فأمّا الأوّل[3]، فلا خلافَ[4] في وضع الجائحة فيه.

وأمّا ما لا يحتاج إلى بقائه لتمام(٤) صلاحه، ولا(٥) لبقاء رطوبته، كالتّمر اليابس،

---

(١) في المنتقى: «بيع».
(٢) في الأصل: «ثمر» والمثبت من المنتقى.
(٣) في المنتقى: «والأصول المغيبة من الجزر».
(٤) في الأصل: «نماء» والمثبت من المنتقى.
(٥) «لا» زيادة من المنتقى.

....

(1) قاله في المدونة: 4/ 21.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 233.
(3) أي ما يُحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه.
(4) عند المالكيّة.

والزَّرع، فلا خلافَ أنّه لا يوضع فيه جائحة؛ لأنّه ليس له في أصله منفعة مستثناة يُسْتَنْظَر استيفاؤها[١].

الثّالثة[1]:

وأمّا تبيينُ مقدار الجائحة الّتي توضع، فإنّ المَبِيعَ من هذا الجنس على ثلاثة أنواعٍ:

1 ـ ثمارٌ كالتّمر والتّين والعِنَب ونحوها، فهذه يُرَاعَى في جوائحها الثُّلُث، فإنْ قَصُرَت عنه لم توضع عن المشتري.

2 ـ ونوعٌ ثانٍ وهو سائر البُقُول والأُصول المغيّبة، ممّا الغَرَض في أعيانها، وقد تقدّم أنّ فيها روايتين[2].

فإذا قلنا بإثبات حُكْمِ الجائحة فيها، فهل يُعتبر فيها الثُّلُث أم لا؟

رَوَى ابنُ القاسم عن مالك[3]؛ أنّ الجائحةَ توضع فيها، بلغتِ الثُّلُث أم لا[4].

وَرَوَى ابنُ زيادٍ عنه: لا يوضع منها إلاّ ما بلغَ الثُّلُث.

ووجهُ القولِ الأوّل: أنّ البُقُول لمّا لم يَجُزْ بيعُها إلاّ عند جَدِّها، وجبَ أن يستوي[٢] قليلُها وكثيرُها، كالمَكِيل والموزون.

ووجهُ القولِ الثّاني: أنّ هذا مَبِيعٌ ثبت فيه حُكْم الجائحة فاعتبر فيها الثُّلُث كالثّمرة.

مسألة[5]:

وقولُه[6]: «وَالْجَائِحَةُ الَّتِي تُوضَعُ عَنِ الْمُشْتَرِي، الثُّلُثُ فَصَاعِدًا» وهذا كما قال، وإن قَصُرَت عن ذلك في الثّمار، لم توضع عن المشتري، وهو معنى قوله[7]: «فَلاَ يَكُونُ

---

(١) في الأصل: «منفعة مستثنى نظرا» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «يستوفى».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 335.

(2) إحداهما نفي ذلك جملة، والثّانية إثباتها.

(3) في المدونة: 4/ 18 في جائحة البقول.

(4) ذكر الباجي في المنتقى: 4/ 235 أنه ثبت في المدنيّة عن ابن القاسم عن مالك: «إلاّ أن يكون الشّيء التّافه».

(5) وهي المسألة الرّابعة، وهي مقتبسة من المنتقى: 4/ 236.

(6) أي قول مالك في الموطأ (1818) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2509)، وسويد (227).

(7) في المصدر السابق.

فيما دون ذَلِكَ[١] جَائِحَة».

وقال الشّافعيُّ[1]: يُوضع قليلُ ذلك وكثيرُه في الثّمرة وغيرها.

ودليلُنا: أنّ الثّمرة لا تنفكّ من يسير العَفَنِ والطّير[2]، فهذا ممّا دخل المشتري عليه[3]، ولو كان الرّجوعُ له، لما صحّ بيع ثَمَرٍ[٢] أبدًا.

فرع[4]:

وهل يعتبر ثُلُث الثَّمَرة، أو ثُلُث القِيمَة، فعلى قولين:

1 - فرُوِي عن ابن القاسم[5] أنّ الاعتبارَ بثُلُث الثَّمَرَة[6].

2 - ورُوِيَ عن[٣] أشهب أنّ الاعتبار بثُلُثِ القِيمَة[7].

وقال أَصْبَغ: إنّما ينظر في هذا كلّه إلى ثُلُثِ القِيمَة[8].

فرع[9]:

فإن كان أنواعًا من جنس واحدٍ، فيصابُ نوعٌ منها، فلا خلافَ أنّ الاعتبارَ بثُلُثِ جميعِ المبيعِ.

---

(١) في الأصل: «في ذلك» والمثبت من الموطأ.

(٢) في الأصل: «ثمرة» والمثبت من المنتقى.

(٣) «عن» زيادة من المنتقى.

....

(1) في الأم: 6/ 184 (ط. قتيبة).

(2) أي أكل الطّير.

(3) فلا يكون له الرّجوع به.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 4/ 235 - 236 مع تقديم وتأخير.

(5) هي رواية ابن الموّاز عن ابن القاسم ومالك وعبد الملك، كما نصّ على ذلك الإمام الباجي.

(6) وجه هذا القول: أنّ التّقويم يُحتاج إليه في اختلاف الأجناس، فإذا كان النّوع واحدًا ورجع إلى الاعتبار به، فالاعتبار بقدر الثّمرة كما لو كانت مفردة.

(7) وجه هذا القول: أنّ الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة أو بقدر ثُلُث الثّمرة المجاحة، وأما أن يعتبر الأمران جميعًا فذلك خلاف الأصوب.

(8) فإن أصيب من الجنس الواحد ما يفي ثلث قيمة الجملة فهي جائحة، وإن كان أقلّ من ذلك فليست بجائحة.

(9) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 4/ 236.

بَابُ
مَا يَجُوزُ مِن اسْتِثْنَاءِ الثَّمَرِ

قال الإمام[1]: قد تقدّم في القاعدة الخامسة الإشارةُ إليه[2]، وذلك يجوزُ من ثلاثةِ أوجُهٍ:

1 ـ بذَهبٍ من ذَهَبٍ.

2 ـ أو بكَيْلٍ من جِزَافٍ.

3 ـ أو بكَيْلٍ من كَيْلٍ، مثلَ أن يقولَ: ثُلُثٌ أو رُبُعٌ.

وانفردَ مالكٌ بمسألةٍ دونَ الفقهاءِ، وهي بأن تُختار ثلاثُ نَخلاَتٍ من الجُملةِ، ووافقه بعضُهم فيها على تفصيلٍ، وهي وإن كانت غَرَرًا؛ لأنّ هذا الّذي يختارُ لعلّه يجعل يده في الأطيب ـ ولكنَّ هذا الغَرَرَ يَسِيرٌ، ولا خلافَ بين العلماء بأن يسيرَ الغَرَرِ مَعْفُوٌّ عنه، وهذا يُسْتَمَدُّ من بحرِ المقاصد حَسَبَ ما تقدَّم بيانُه في القاعدة العاشرة[3]، واتّفق علماءُ الأمصارِ على أنّ ذلك لا يجوزُ، وكان ابنُ[4] عمرَ وابنُ المُسَيَّب[5] يَرَيَانِ الاستثناءَ على الإشاعةِ، وغيرُهُم.

وكان ابنُ سيرين يُجِيزُ أن يَسْتَثْنِيَ كُرًّا أو كُرَّيْنِ[6]، وعلى كلِّ حالٍ فإنّ المسألةَ ترجِعُ إلى المستثنَى؛ هل هو داخلٌ في المَبِيعِ ؟ ولا خلافَ بين العَرَبِ والعلماءِ أنّ

....

(1) انظر هذه المقدّمة في القبس: 2/814.

(2) انظر صفحة: 26 من هذا الجزء.

(3) انظر صفحة: 47 من هذا الجزء.

(4) أخرج ابن أبي شيبة (21202) عن أبي حازم قال: «اشترينا من ابن عمر ثنيا واستثنى بعضه» ذكر ابن عبد البر في الاستذكار: 19/134 أن ابن وهب روى عن ابن لهيعة، عن محمد بن عبد الرحمن؛ أنّ ابن عمر كان يستثني على بيعه إذا باع التّمر في رؤوس النّخل بالذّهب أنّ لي منه كذا وكذا. والذي يصح عن ابن عمر ما رواه عبد الرزاق (15153) عن ابن عون؛ أنه سأل القاسم بن محمد قال: ما كنّا نرى بالثُّنيَا بأسًا لولا ابن عمر كرهه، وكان عندنا مرضيا ـ يعني أن يبيع ثمر نخلة ويستثني نخلات معلومات، قال ابن عبد البر في الاستذكار: 19/134 «هذا أصحّ ما رُوِيَ عن ابن عمر؛ لأنّه متّصلٌ ورواته ثقات».

(5) الذي وجدناه هو ما رواه عبد الرزاق في مصنّفه (15150) عن المسيب أنّه قال: «يكره أن يبيع النّخل ويستثني منه كيلاً معلومًا. قال سفيان: فلا بأس أن يستثني هذه النّخلة وهذه النّخلة».

(6) أخرج ابن أبي شيبة (21203) ومن طريقه ابن حزم في المحلّى: 8/434 عن ابن سيرين؛ أنه كان لا يرى بأسًا أن يبيع الرّجل ثمرته ويستثني نصفها ثلثها وربعها. والكُرُّ: مكيالٌ بابليُّ الأصل، هو عند أهل العراق ستّون قفيزًا، للتوسع انظر إثبات ما ليس منه بدّ لأبي العباس العزفي: 133، والمكاييل والأوزان الإسلامية لفالتر هنتس: 69.

المستثنَى لا يدخلُ في المستثنَى منه مُرَادًا وإن دخلَ فيه لفظًا؛ لأنّه لو كان كذلك لكان الاستثناءُ نسخًا، وذلك محالٌ وخَلْطٌ للحقائقِ، فثبتَ أنّه تخصيصٌ للعمومِ وبيانٌ للمرادِ. لكنّ الفقهاء اختلفوا؛ هل يدخُلُ في المبِيع أم لا؟ على تفصيلٍ طويلٍ.

الفقه في مسائل:

الأولى[(١)][(1)]:

قوله[(2)]: «كَانَ يَبِيعُ ثَمَرَ حَائِطِهِ» قال علماؤنا[(3)]: يبيعُه على ثلاثة أَضْرُبٍ:

أحدُها: أن يبيع كَيْلاً معروفًا[(4)].

والثّاني: أن يبيع الجميع على أنّ فيه كذا وكذا صاعًا بالخَرْصِ.

والثّالث: أن يبيعَهُ جُزَافًا.

الثّانية[(5)]:

فإن باعه على أنّ فيه كذا وكذا على التَّحرِّي، فقد قال ابن الجلاّب: لا يجوز[(6)].

وقال عبد الوهاب[(7)]: إنّ التّحرِّي فيها من باب الغَرَر، فلا يجوزُ بيعُها على التّحرّي[(8)]. وأمّا أن يبيعَها جُزَافًا، فلا خلافَ في جوازِه[(9)].

وَوَجْهُ ذلك: أنّه *مرئيٌّ يتأتّى فيه الحَزْر، فجازَ بيعُه جُزَافًا.

---

(١) في الأصل: «الأوّل».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 236.

(2) أي قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن في الموطأ (1819) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2510)، وسويد (228)، ومحمد بن الحسن (764).

(3) المقصود هو الإمام الباجي.

(4) في المنتقى: «منه مِكْيَلَةً معروفة».

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 236 ـ 237.

(6) قاله في التفريع: 2/ 147.

(7) انظر نحوه في المعونة: 2/ 1013 حيث يقول: «ولا يجوز بيعها بالخرص لأنّه غَرَرٌ».

(8) ووجهه عند الباجي أنّ الاعتبار في مقدار ما يبيعه بالتّحرّي والكيل يكثر به الغرر والخطر لاجتماعهما.

(9) على الإطلاق في القليل والكثير، انظر التلقين: 111، والمعونة: 2/ 1013.

وقولُه[1]: «وَيَسْتَثْنِي مِنْهُ»*[١]: يَحْتَمِلُ أن يريدَ به كَيْلاً، ويَحتَمِلُ أن يريدَ جُزْءًا شائعًا، ويَحتَمِلُ أن يريدَ نَخلاَتٍ يختارُها.

الثّالثة[2]:

استثناءُ الرّجل عدد نَخلاَتٍ يكون على ثلاثة أَوْجُهٍ:

أحدُهما: أن يعيِّنَهَا، وذلك لا خلافَ في جوازِهِ[3]؛ لأنّه أَوْقَعَ البَيْعَ على سائرِهَا وهو مُعَيَّنٌ.

والثّاني: أن يُطْلِقَ القول، فيقول: أبيعُ منكَ[٢] هذا الحائط غير أربع نَخلاَتٍ، فهذا بَيْعٌ جائزٌ؛ لأنّ له مَخْرَجًا يتوجَّهُ إليه، وذلك أنّه يكون شريكًا بما استثنَى من العدد.

الثّالث[٣]: فإن كان اشترط اختيار ما استثنى منها، فإن كان استثنَى الكثير، لم يَجُزْ ذلك، وإن كان استثنَى اليسير، جاز ذلك عند مالك[4]، ومنع منه ابنُ القاسم[5].

بَابُ
مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ التَّمْرِ

قال الإمام: في هذا الباب حديثُ سَعْد بن أبي وَقّاص؛ إِذْ سَأَلَهُ زَيْدٌ عَنِ الْبَيْضَاءِ بِالسُّلْتِ؟ فَقَالَ لَهُ سَعْدٌ: أَيُّهُمَا أَفْضَلُ؟ قَالَ: الْبَيْضَاءُ، فَنَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ[٤]، وَقَالَ سَعْدٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ اشْتِرَاءِ[٥] التَّمْرِ بِالرُّطَبِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: أَيَنْقُصُ

---

(١) ما بين النّجمتين سقط من الأصل، وقد استدركناه من المنتقى؛ لأن الكلام لا يستقيم من دونه.
(٢) في المنتقى: «منه».
(٣) في الأصل: «الرّابع».
(٤) هذا السّطر يكاد يكون مطموسًا في الأصل، وقد استدركناه من الموطّأ.
(٥) «اشتراء» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من الموطّأ.

....

(1) في أثر الموطأ السابق ذِكْرُهُ.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 238.
(3) وهو الذي نصّ عليه القاضي عبد الوهاب في المعونة: 2/ 1014.
(4) في المدونة: 3/ 241 في الرّجل يبيع ثمر حائطه ويستثني أن يختار ثمر أربع نخلات أو خمسة.
(5) قال الجُبَيْرِيُّ في كتابه التّوسط بين مالك وابن القاسم: الورقة 40 «أمّا إجازة بيع الحائط المثمر على أن يختار منه البائع نخلات يسيرة، فإنّما وجه ذلك - والله أعلم - على أنّ البائع =

الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ، فَنَهَى عَنْ ذَلِكَ[1].

....

= أبقى النّخلات الّتي استثناها على ملكه وأنفَذَ البيع فيما سواها، ولم يجز أن يتوهّم عليه التنقّل في اختياره من بعض إلى بعض، هو أكثر منه أو أقلّ، فيدخله بيع التّمر بالتّمر متفاضلاً؛ لأنّه قد خبر الجميع وعرف الفاضل منه من المفضول في الكيل والجودة، فكان ما استثناه معلومًا له قبل الاشتراط وبعده، وإنما بيّنَ أمره على أنّه قصد الارتفاق بما اشترطه من ذلك واستدفاع المضرّة التي تلحقه في تفريق صفقته وإن كان مجهولاً، فوجب أن يحكم لما كان في معناه بحُكْمِه.

فأمّا الذي ابتاع نخلات من حائط مثمر على أن يختارهنّ، فإنّه لا يجوز عنده من أجل أنّ نخل الحائط متفاوت في الحمل والجودة وغرض المبتاع فيما اشترطه من الخيار: المناجزة والمكايسة وطلب الفضل، فلو مضى ابتياعه من غير شرط لكان حقه في جميع الحائط سائغًا، وإذا اشترط الاختيار فقد انتقل من بعض ذلك إلى بعض هو أكثر منه أو أقلّ، فيدخله بيع التّمر بالتّمر متفاضلاً وبيع التمر بالتمر جزافًا، وهذا ما لا يجوز اتّفاقًا.

وأمّا كراهية ابن القاسم لبائع الحائط المثمر أن يستثني منه اليسير من نخله على أن يختاره جملته، فقياس على المبتاع؛ لأنّ في الحائط الجيِّد والرديء وما يفضل بعضه بعضًا في كثرة الحمل وقلّته، فيصير في معنى بيع التّمر بالتّمر متفاضلاً، وقد صَرَّحَ ابنُ القاسم بهذا المعنى في قوله: لأن الغنم بعضها ببعض لا بأس بها متفاضلاً، والتّمر بالتّمر لا خير فيه متفاضلاً، والمعنى الذي له ومن أجله أبيحَ للبائع استثناء لليسير ممّا باعه غير موجود في المبتاع؛ لأنّ المبتاع إنّما عرضه فيما يشترطه من الاختيار: المكايسة وطلب الفضل... النّخل متفاوت في الحمل والجودة، وما يختار منه غير معلوم له في حال الاشتراط، فهو ينتقل من بعض ذلك إلى بعض هو أكثر منه ويدخله بيع التّمر بالتّمر متفاضلاً. والبائع المستثنى اختيار اليسير من حائطه بخلاف ذلك؛ لأنّ ما يستثنيه منه إنّما هو في معنى ما يبقيه على ملكه، وهو معلوم له، ولا يُتوهَّم عليه التنقُّل في اختياره.

وأيضًا: له عرض فيما يشترطه من ذلك، وهو استدفاع المضرّة التي تلحقه من تبعيض صفقته، فأشبه البائع الذي يستثني لليسير من ثمر حائطه كيلا، وهذا ممّا لم يختلف في تجويزه قول مالك ولا ابن القاسم لأنّهما لم يقصدا قصد الفضل، وإنّما قُصِدَ الارتفاق بكمال صفقته واستدامة مرتفقه، وقول مالك في ذلك أولى بالصّواب عندي والله أعلم».

(1) أخرجه مالك في الموطأ (1826) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2517)، وسويد (230)، ومحمد بن الحسن (765)، والقعنبي عند الجوهري (462)، وعبد الرزاق في مصنفه (14185)، والطيالسي في مسنده (214)، والشافعي في مسنده: 147، وعبد الله ابن نمير، وابن مهدي عند أحمد: 1/ 175، 179، وإسحاق بن سليمان الرازي، ووكيع بن الجراح عند ابن ماجه (2264)، وقتيبة بن سعيد عن الترمذي (1225)، ومعن بن عيسى، ويحيى بن سعيد عند النسائي في الكبرى (6034، 6136)، وعبد الله بن وهب عند ابن الجارود (657)، وعبد الله بن عون عند أبي يعلى (713)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند الحاكم: 2/ 38، وانظر تعليق بشار عواد معروف على الموطأ ففيه فوائد.

الإسناد:

صحيحٌ لا كلامَ فيهِ.

قال الإمام[1]: أَطلقَ مالكٌ - رحمهُ الله - لفظَ المكروهِ[2] على الحرام؛ لأنه يتناوَلُه تناوُلَهُ(١) للفعل الّذي في تَرْكِهِ ثوابٌ وليس في فعلِهِ عقابٌ، كما يتناولُ(٢) المأمورُ للفعلَ الّذي يُلام تارِكُه ويُحْمَدُ فاعِلُه. ويتناوَلُ[2] أيضًا الفعلَ الّذي يُحمَدُ فاعِلُه ولا يُلامُ تارِكُه، ويسمّى في عُرْفِ المتأخّرين المندوبَ. والمكروهُ عندهم هو الّذي ليس في فعله ثوابٌ ولا في تركِهِ عقابٌ، خلافًا للمحظور، واللّغةُ ما أشار إليه مالكٌ، والاصطلاحُ حَسَنٌ للتّمييز بين المشتركاتِ(٣) قصدَ البيانِ والتّفصيلِ من المختَلِفَاتِ.

الفقه في مسائل:

الأولى(٤)[3]:

فأمّا حديثُ «عَامِل خَيْبَرَ فِي التَّمْرِ» الحديث[4] فإن مسلمًا روى فيه: «وَكَذَلِكَ الْمِيزَانُ»[5] فَسَوّى بين الوزن والكَيْل، وصار أصلاً في معرفة التَّسَاوِي؛ لأنّ الله شَرَطَهُ وهو معنىً خَفِيٌّ، ثمّ جعلَ السبيلَ إليه الكَيْلَ والوَزْنَ، وهو غايةُ القُدرةِ في معرفة التّساوِي.

وكان الشّاشي[6] ببغدادَ في الدّرسِ يقولُ: قال رسولُ الله ﷺ للعاملِ: «بِعِ

---

(١) في الأصل: «بتأوّله» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «تأوّل» والمثبت من القبس.

(٣) «للتميز بين المشتركات» غير واضحة بالأصل.

(٤) في الأصل: «الأوّل».

....

(1) انظر هذه الفقرة في القبس: 2/ 815.

(2) يقصد لفظ مالك في ترجمة الباب: 2/ 145 «ما يُكْرَهُ من بيع التّمر».

(3) انظرها في القبس: 2/ 815 - 817.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (1825) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2516)، وسويد (229)، ومحمد بن الحسن (822)، وابن القاسم (394)، والقعنبي عند الجوهري (595)، وقتيبة بن سعيد، والتنيسي، وابن أبي أويس عند البخاري (2201، 2202)،(2302، 2303)، (4244، 4245)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1593).

(5) الحديث (1593).

(6) هو الإمام المعروف أبو بكر محمد بن أحمد، شيخ المؤلّف.

الْجَمعَ[١] بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا[1]»[2] «وكذلك الميزانُ»[3]، ولم يفرِّق بين أن يبتاعَ الْجَنِيبَ من مشترِي الجَمْعِ[١] أو من غيره، وبه قال الشّافعيُّ[4]، وأبو حنيفةَ[5]، وأكثرُ فقهاءِ الأمصارِ.

وقال مالكٌ: لا يفعَلُ ذلك بحضرة العَقْدِ الأوّل، مخافةَ أن يكونا متواطِئَيْنِ عليه، فيرجعان بعمَلِهِما[٢] إلى ما نُهِيَا عنه، وهذا ينبني على قاعدة الذّرائع، وقد مهَّدْنا ذلك في أوَّلِ «**الكتاب**».

وأما حديث «الْبَيْضَاءِ بِالسُّلْتِ»[6] فإنّ كثيراً من العلماء جَنَبَهُ[٣]؛ لأنّ زيدًا أبَا[٤] عيَّاشٍ[7] عندهم مجهولٌ[8]، ومن يروي عنه مالكُ بنُ أنسٍ ليس بمجهولٍ، فإنّ روايتَهُ عنه تعديلٌ؛ لِمَا ثَبَتَ من عظيمِ تحرِّيهِ[9]. وقد قال جماعةٌ من العلماءِ: إنّ المُزَكِّيَ في الشّهادة يجوزُ أن يكونَ واحداً، فكيف في الخبر الّذي هو أَسْرَعُ[٥] في الإثباتِ؟!

---

(١) في الأصل والقبس: «الجميع» والمثبت من الموطّأ.
(٢) في الأصل: «فتراجعان بقيمة بقيمتهما» والمثبت من القبس.
(٣) في القبس: «اجتنبه».
(٤) في الأصل: «يزيد» وهو تصحيف.
(٥) في الأصل: «الشرع» والمثبت من القبس.

....

(1) يقول ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 74 ـ 75 [1/ 374] «الجمع: خلطُ التّمْرِ الذي يَجتَمِعُ فيه الطَّيِّبُ والرديءُ، والجَنِيبُ: المتخيَّرُ الذي نُقِّيَ عنه حشَفُهُ ورديئُه، قال عبد الملك: ولا يكون بيعُ الجَمْعِ واشتراءُ الجنيبِ من إنسان واحدٍ، ولكن يَبيعُ من هذا ويبتاعُ من هذا».
(2) أخرجه مالك في الموطأ (1825) رواية يحيى.
(3) هذه الزيادة رواها مسلم (1953).
(4) في السنن المأثورة: 459.
(5) انظر بدائع الصنائع: 5/ 184.
(6) تقدّم تخريجه أوّل الباب.
(7) هو أبو عياش الزُّرَقي، ويقال المخزومي. انظر تهذيب الكمال: 3/ 85 (2108).
(8) قاله ابن عبد البر في الاستذكار: 19/ 149 بصيغة: «فقيل: إنه مجهول» وقد ذكره ابن حبّان في الثقات: 4/ 251. قال ابن حجر في تهذيب التهذيب: 3/ 424 «وصحح الترمذي وابن خزيمة وابن حبّان حديثه المذكور، وقال فيه الدارقطني: ثقة».
(9) يقول الحاكم في المستدرك: 2/ 38 عن حديث زيد بن عياش: «هذا حديث صحيح: لإجماع أيمّة النّقل على إمامة مالك بن أنس وأنّه محكم في كلّ ما يرويه من الحديث، إذ لم يوجد في رواياته إلاّ الصّحيح، خصوصًا في حديث أهل المدينة، ثم لمتابعة هؤلاء الأيمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد أبي عياش».

والمسألة مبيَّنَةٌ في «أصول الفقه».

وأمّا[١] بَيْعُ الرُّطْبِ بِالْيَابِسِ، كَالرُّطَبِ بِالتَّمْرِ، وَالْبَيَضَاءِ بِالسُّلْتِ، فإنّ جماعةً من فقهاء الأمصار أَبَتْهُ[٢]، منهم مالكٌ[1] والشّافعيُّ[2]، وجوّزَهُ أبو حنيفةَ[3] ببغداد، وهي[٣] أوّلُ مسألةٍ سُئِلَ عنها ببغدادَ، قال لنا فخرُ الإسلام[4]: دخل أبو حنيفةَ، فسُئِلَ: هل يجوزُ بيع[٤] الرُّطَبِ بالتّمْرِ؟

قال: ذلك جائزٌ.

قيل له: ما الدّليل؟

قال: لا يخلو أنْ يكونَ الرُّطَبُ والتَّمْرُ[٥] جِنْسًا واحدًا أو جِنسين، فإن كان جِنْسًا واحدًا جازَ[٦] متماثِلاً، وإن كان من جنسين جازَ[٦] متفاضِلاً ومتماثلاً.

قيل له: إنّ زيدًا أبا عيّاش[٧] سأل سَعْدَ بنَ أبي وَقّاص عن الْبَيْضَاءِ بالسُّلْتِ. الحديث إلى آخره؟ فقال: ذلك لا أعرِفُه.

وهذا الدّليلُ الّذي ذكر أبو حنيفةَ هو محضُ القياسِ، ولُبابُ النَّظَرِ، لولا الحديثُ المذكورُ، إلاّ أنّ عندَه أنّ خبرَ الواحدِ إذا خالفَ الأصولَ سقط في نفسه، وقد مهّدنا ذلك في «أصول الفقه»، طَعْنُه في زَيْدٍ أبي عيّاشٍ[٧] بجهالته له لا يؤثّر فيه، فإنّه كان موقوفًا

---

(١) في الأصل: «وأما حديث» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «أنبته» والمثبت من القبس.

(٣) في الأصل: «وهو» والمثبت من القبس.

(٤) «بيع» ساقطة من الأصل، واستدركناها من القبس.

(٥) ف: «بالتمر» والمثبت من القبس.

(٦) في القبس: «كان».

(٧) ف: «... أصول الفقه، وزيد بن عياش» والمثبت من القبس.

....

(1) قال مالك في الموطأ: 2/ 147 «كلّ رطب بيابسٍ من نوعه حرامٌ» وقول مالك هذا لم يثبته محقق الموطأ في صلب الكتاب وإنما أورده في الهامش، مع أنّ الصّواب وضعه في المتن، بدليل قول ابن عبد البر في الاستذكار: 19/ 148 «قول يحيى عن مالك لم يروه أحدٌ في الموطأ غيره فيما علمت، ومعناه صحيح في مذهبه».

(2) في الأم: 6/ 54 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي: 5/ 130.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 36، والمبسوط: 12/ 184.

(4) هو أبو بكر الشاشي.

على رواية المجهول والضَّعيفِ، فصارَ هذا الحديثُ قاعدةً من قواعدِ الرِّبا، اتّفقَ عليه العلماءُ في الجملة، حتّى إنّ أبا حنيفةَ ناقضَ أصلَهُ فقال: لا يجوزُ بيعُ الحِنْطَةِ المبلولةِ باليابِسَةِ(١) بحالٍ[1]، وهذا هو الرُّطَب بالتَّمر بعينه، وليس لأصحابه فيها جوابٌ يُقْنِعُ، وهذا هو بَيْعُ الرُّطْب بالتَّمر اليابس وأصلٌ فيه.

وأمّا بيع الرُّطْبِ بالرُّطَبِ كالرُّطَبِ بالرُّطَبِ، فاختلفَ فيه(٢) عبدُ المَلِكِ[2] وأصحابُ مالك. وكذلك العجينُ بالعجينِ، ذَكَرَ ابنُ القاسم جوازَهُ في «كتاب محمّد» ولم يُجِزْهُ في «العُتْبِيَّة»[3] بحالٍ(٣)، وإذا امتنع الرُّطَب باليابس لأنّ التّماثلَ مجهولٌ بينهما حالةَ الادِّخار، فكذلك يلزم الرَّطْبُ *باليابِسِ لأنّ التّماثُلَ مجهولٌ فِيهِمَا حالةَ الادِّخارِ، فكذلك يلزَمُ في الرَّطْبِ*(٤) بالرَّطْبِ؛ لأنّ تساوِيَهما حالةَ الادّخار مجهولٌ أيضًا، إلاّ أنّ علماءنا سامَحوا في العجينِ بالعجينِ لِيَسَارَتِهِ(٥) وخِفَّة أمْرِهِ، وأنّه مستثنىً من القاعدة الرِّبَوِيَّة للحاجة إليه، وبَقِيَ التّحريمُ في(٦) الكثير الّذي يُقْصَدُ منه المُغَابنةُ والمُكايَسَةُ(٧) على أصل القاعدة.

بَابُ
مَا جَاءَ فِي الْمُزَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ

قال[4] في حديث أبي سعيد؛ إنّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ[5].

---

(١) في الأصل: «باليابس» والمثبت من القبس.
(٢) «فيه» زيادة من القبس.
(٣) في القبس: «ولم يُجَوِّز في العتبيّة الدّقيق بالعجين بحال».
(٤) ما بين النجمتين مستدرك من القبس بسبب السقط الذي وقع فيه الناسخ.
(٥) في الأصل: «لتساويه» والمثبت من القبس.
(٦) «في» ساقطة من الأصل واستدركناها من القبس. (٧) في الأصل: «والمكايلة» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر كتاب الأصل: 5/ 58.
(2) فأجازه ابن حبيب في الواضحة، نصّ على ذلك ابن رشد في البيان والتحصيل: 7/ 107.
(3) 7/ 106 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب أوله: كتب عليه ذكر الحق.
(4) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 94/ أ.
(5) أخرجه مالك في الموطأ (1828) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2519)، وسويد (231)، وابن القاسم (158)، ومحمد بن الحسن (780)، والقعنبي عند الجوهري (329)، والشافعي في مسنده: 146، وابن مهدي عند أحمد: 3/ 6، والتنيسي عند البخاري (2186)، =

قال مالك[1]: وَالْمُزَابَنَةُ اشْتِرَاءُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ فِي رُؤُوسِ النَّخْلِ. وَالْمُحَاقَلَةُ كِرَاءُ الأَرْضِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا[2].

قال الإمام: الإسناد صحيحٌ.

وذَكَر[3] حديثَ ابنِ عمرَ قال: «وَالْمُزَابَنَةُ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ كَيْلاً، وَبَيْعُ الْكَرْمِ بِالزَّبِيبِ كَيْلاً».

قال أهل العربيّة[4]: المزابنةُ المدافعةُ، ومنه قولُه تعالى: ﴿سَنَدْعُ الزَّبَانِيَةَ﴾[5] أراد ـ والله أعلم ـ الملائكة الّذين يدفعونه إلى النّار.

وفسّرها الفقهاءُ فقالوا: المزابنةُ: بَيْعُ الثَّمَرِ في رؤوس النَّخْلِ بالتَّمْرِ، ثمّ حمل ذلك على كلِّ رَطْبٍ بيَابِسٍ، ثمّ حمل على البيع المجهول.

وقال مالك[6]: «الْمُزَابَنَةُ: كُلُّ شَيْءٍ مِنَ الْجُزَافِ الَّذِي لاَ يُعْلَمُ كَيْلُهُ، وَلاَ وَزْنُهُ، وَلاَ عَدَدُهُ»، وأمّا[7] «الْمُحَاقَلَةُ» فهي مشتّقةٌ من الحَقْلِ وهو البَرَاحُ من الأرض، يقال للفَدَادِين: المحاقِيل، كما يقال لها: المزاريع. واختلفَ النّاسُ في ذلك، وقد فسّرهَا الصّاحب الرّاوي

....

= وابن وهب عند مسلم (1546) ومُطَرِّف بن عبد الله عند ابن ماجه (2455).

(1) قول المؤلِّف ـ تبعًا للبوني ـ: «قال مالك» فيه نظر، يقول ابن عبد البر في التمهيد: 2/ 313 «قد جاء في هذا الحديث مع جودة إسناده تفسير المزابنة والمحاقلة، وأقلّ أحواله إن لم يكن التفسير مرفوعًا فهو قول أبي سعيد الخدريّ، وقد أجمعوا أنّ من رَوَى شيئًا وعلم مخرجه سُلِّمَ له في تأويله؛ لأنه أعلم به، وقد جاء عن عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله في تفسير المزابنة نحو ذلك».

(2) في الموطأ: «كراءُ الأرضِ بالحِنْطَةِ».

(3) مالك في الموطأ (1827) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2518)، وسويد (231)، ومحمد بن الحسن (778)، وابن القاسم (236)، والقعنبي عند الجوهري (684)، وعبد الرزاق في المصنّف (14489)، والشافعي في الرسالة (906)، وابن مهدي عند أحمد: 2/ 7، وابن أبي أويس، والتنيسي عند البخاري (2171) (2185)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1542) وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 7/ 266.

(4) قول أهل العربية مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 94/ أ.

(5) العلق: 18.

(6) في الموطأ (1831) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2522).

(7) الفقرات التالية مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 94/ أ مع بعض الزيادات اليسيرة.

لها فقال[1]: «الْمُحَاقَلَةُ: اكْتِرَاءُ[2] الأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ» وكذلك قال ابنُ المُسَيَّب[3].

وقال أبو عُبَيْد[4]: سمعتُ غيرَ واحدٍ ولا اثنينِ من أهلِ العِلْمِ قالوا: المُحَاقَلَةُ: بَيْعُ الزّرع وهو في سُنْبُلِهِ بالبُرّ، وهو مأخوذٌ من الحَقْلِ.

وقال الهَرويّ[5] وغيره[6]: يريدُ نهى عن بَيْعِ الزّرع الّذي في الحقل، فكَنَى بالحقل عن الزّرع الّذي في الحقل، وعلى هذا التّفسير فهمه البخاريّ فبوّب عليه[7]، فقال: «بَابُ بَيْعِ الخضر»(١) ثمّ أدخل هذا الحديث[8]، وعلى هذا التّأويل أكثر العلماء[9].

وقال ابنُ حبيب[10]: «أصلُ المزابنةِ: المخاطرةُ والغَرَرُ، والزَّبنُ هو الخِطَار»(٢)[11]. وقال غيرُه: الزّبن الدَّفعُ، تقول: زبنَتْهُ النّاقةُ إذا دفعتهُ برِجْلِها، فكأنّ هذا الضّرب من البَيْع الّذي تدخله المزابنة يقع فيه(٣) التّدافع[12].

وقال غيرُه: معنى ذلك أنّ كلّ واحدٍ منهما قد دفع صاحبه إلى الغَرَر.

---

(١) كذا في تفسير الموطأ، وفي البخاري: «المخاضرة».
(٢) في كتاب ابن حبيب: «الخَطَرُ».
(٣) في تفسير الموطأ: «شبه».

....

(1) في حديث الموطأ (1828) رواية يحيى.
(2) في الموطأ: «كراء»، وكذلك في الأصل المنقول منه وهو تفسير الموطأ للبوني.
(3) في حديث الموطأ (1829) رواية يحيى.
(4) في غريب الحديث: 1/ 229 ـ 230.
(5) لم نجده في المطبوع من الغريبين، وهو من زيادات المؤلّف على نصّ البوني.
(6) انظر الاقتضاب في غريب الموطأ: 70/ ب.
(7) في الجامع الصّحيح المُسْنَد.
(8) هو برقم (2207).
(9) تتمة الكلام كما في تفسير الموطأ للبوني: 94/ أ «لأنّه بيّن الغرر».
(10) في تفسيره لغريب الموطّأ: الورقة 75 [1/ 375] وقد اقتبس المؤلّف كلام ابن حبيب بواسطة البوني.
(11) تتمّة الكلام كما في شرح الغريب: «. . . والخطارُ من القِمَار، والقِمَار من الميسِر الّذي حرّم الله في كتابه».
(12) تتمة الكلام كما في تفسير الموطأ للبوني: 94/ أ «كأنّ المتبايعين إذا وقعا [واحد] منها على الغبن، أراد المغبون أن يفسخ البيع، وأراد الغابنُ أن يُمضيه، فتزابنا، أي تدافعا واختصما».

الفقه في خمس مسائل:

الأولى(١)[1]:

قولُه[2]: «وَالْمُزَابَنَةُ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ(٢) كَيْلاً» يقتضي أنْ يكونا مَكِيلَيْن، ويجوزُ أن يكون تفسيرًا من النّبيّ عليه السّلام، ويصحُّ أن يكون تفسيرًا من الرّاوي، والأظهرُ أنّه من قولِ النّبيّ لاتّصالِه بقولِه، وإن كان من قول الرّاوي وهو ابن عمر فهو حُجَّةٌ؛ لأنّ هذا أَمْرٌ طريقُه أهل اللّغة، وابنُ عمر حُجَّةٌ(٣) في ذلك.

الثّانية[3]:

وأما «بَيْعُ الثَّمَرِ(٤) بالتَّمْرِ» فإنّه مُتَأَتٌّ فيه.

وأمّا «الْعِنَبُ بِالزَّبِيبِ كَيْلاً» فإنّ ذلك غير مُتَأَتٍّ فيه[4]، ولا يباعُ العِنَبُ كَيْلاً بوجهٍ.

ويحتَملُ أن يسمّى الوزن كَيْلاً.

ويحتَملُ أن يريد أن يتحرّى في العِنَبِ مَكِيلَةَ الزّبيبِ[5].

وقد اختلف قولُ مالكٍ في إجَازَة التّحرّي فيما يحرمُ فيه التّفاضلُ، فأجازَهُ في البيضِ بالبيضِ، والخُبزِ بالخبزِ، واللّحم باللّحم، وفي الزيتون الغَضّ بالمالح في «كتاب محمّد» وأجازه مع القول بإباحته في القدِيد باللّحم الطّريّ، ومنعه في رواية أخرى. ورُوِيَ في «الواضحة» أنّه قال: وما لا يجوزُ فيه من الطّعام والإدام التّفاضلُ، لا تجوزُ قِسمتُه تَحَرِّيًا. وكذلك السَّمْنُ(٥) والزّيتُ والعسلُ، لا يجوز إلاّ كَيْلاً أو وزنًا(٦).

---

(١) في الأصل: «الأوّل».
(٢) في الأصل: «بيع الرطب بالثمر» والمثبت من المنتقى.
(٣) في الأصل: «وحجّته» وهو تصحيف.
(٤) في الأصل: «الرطب» والمثبت من المنتقى.
(٥) في الأصل: «التّين» وهو تصحيف، والمثبت من المنتقى.
(٦) في الأصل: «ووزنًا» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة اقتبسها المؤلِّف من المنتقى: 4/ 243 ـ 244.
(2) في حديث الموطأ (1827) رواية يحيى.
(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 244.
(4) إلاّ الوزن.
(5) أورد الباجي عدّة احتمالات أخرى، أسقطها ابن العربي.

واختلف علماؤنا[١] في تأويل ذلك:

فمنهم من قال: إنّ ذلك على روايتين[1].

ومنهم مَنْ قال: إنّ ذلك[٢] لاختلاف حالَيْنِ، فيجوزُ مع تَعَذُّرِ الموازين، ويمنعُ مع وجودها.

ومَنَعَ من ذلك أبو حنيفةَ[2] والشّافعيّ[3] بكلّ حالٍ.

ودليلُنا: أنّ هذا معنى وُضِعَ في الشّرع لمعرفة المقدار، فجازَ أن يعتبرَ به المبيع، كخَرْصِ العَرِيَّة والزّكاة.

الثّالثة[4]:

فإن قلنا بجوازِ ذلك، ففي أيِّ شيءٍ يجوزُ؟ فالمشهورُ عن مالك أنّه يجوزُ في الموزون دونَ المَكِيلِ والمعدودِ، رواه عنه محمّد[5] وغيره، وهذا عندي ينبني على قول من قال: إنّ ذلك ممنوعٌ، إلاّ في الأسفار وحيثُ تُعْدَمُ الموازين.

وأمّا على قول من يجيزُ ذلك على الإطلاق، مع القُدْرَةِ على الموازين، وهو الأظهر عندي، لتجويزه السَّلَم في اللّحم بالتّحرّي، فإنّه يجب أن يجوزَ ذلك في المَكِيلِ.

ووجهُهُ: أنّ الكَيْلَ يعدم كما يعدم[٣] الميزان، والقبضةُ ليست بمقدارٍ صحيحٍ؛ لأنّه لا يَتأتّى[٤] فيها[٥] المساواة[6].

---

(١) في المنتقى: «أصحابنا».

(٢) «إن ذلك» ساقطة من الأصل واستدركناها من المنتقى.

(٣) في الأصل: «. . . يعدم مع تعدم» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «لأنّه يتأتّى» واستدركنا اللام من المنتقى ليستقيم الكلام.

(٥) في الأصل: «فيه» والمثبت من المنتقى.

....

(1) تتمّةُ الكلام كما هو في المنتقى: «فإنّه جوّزه على إحدى الرّوايتين على الإطلاق».

(2) انظر مختصر الطحاوي: 3/ 8، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 8.

(3) في الأم: 6/ 79 (ط. قتيبة).

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 244 ـ 245.

(5) يعني ابن الموّاز.

(6) وذلك لتعذّر بقاء القبضة على شكل واحدٍ وهيئة واحدة من القبض والبسط، بخلاف المكيل المعتاد.

فإذا قلنا: إنّ التّحرّي فيما[١] يحرمُ فيه التّفاضلُ، فإنّ ذلك جائزٌ في يسيرِهِ دونَ كثيرِهِ؛ لأنّه يتعذّرُ فيه التّحرّي ويُخَافُ فيه الغرر[1]، قاله ابن القاسم.

الرابعة[2]:

وأمّا ما يجوزُ فيه التّفاضلُ من المطعوماتِ، فإنّه يجوزُ في قليلِهِ وكثيرِهِ، رواه ابن حبيب[3]. **والفرقُ** بينَهُ وبين ما يَجرِي فيهِ الرِّبا، أنه لا يُخَافُ فيه التّفاضلُ الّذي يحرُمُ فيما يجري[٢] فيه الرِّبا.

فصلٌ[4]

فإذا ثَبَتَ التّحرّي، فقد جوّزهُ مالك في الخُبز بالخُبزِ، والبيض بالبيض، واللّحم باللّحم. فأما الخبزُ بالخُبزِ، فالّذي قالَهُ أصحابُنَا أَنّه يُتَحَرَّى ما فيه من الدَّقيقِ دون وَزْنِ الخبز[٣]؛ لأنّ الخبزَ بعضُه أرطب من بعض[5]، وهذا لا يكادُ يَصِحُّ على مذهبِ مالكٍ، وإنّما يَصِحُّ على أصلِ ابنِ المَاجِشُون في اعتباره بالرُّطوبات الباقية في حال الادّخار، ولذلك منع التّمر القديم بالحديث.

وأمّا مالك فإنّه عنده على ضربين:

أحدهما: ألاّ يؤكلَ المطعومُ مع الرُّطوبة الحادثة غالبًا، كالفُولِ المبلولِ، والقمحِ المبلول، والعجين، فإنّها تمنع صحّة التّساوي.

والثّاني: أن يُؤكلَ بوجودِهَا غالبًا، كرُطوبة الرُّطَبِ والعِنَب والخُبز، فإنّ ذلك يمنعُ من صحّةِ التّساوِي، طارئة كانت أو أصليّة، فعلى هذا يجوزُ الخبزُ بالخبزِ وَزنًا، ولا

---

(١) «فيما» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «فيما يحرم».

(٣) السّطر السّابق يكاد يكون مطموسًا في الأصل، وقد استدركناه من المنتقى.

....

(1) الذي في المنتقى: «... لأن كثيره يتعذّر فيه التّحرّي ويخاف فيه الخطأ وقلّة الإصابة» وهو أسدّ.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 245.

(3) تتمّة الكلام كما هو في المنتقى: «... ابن حبيب عمن يَرْضَى من أصحاب مالك».

(4) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 4/ 245.

(5) فلا تصحّ المماثلة فيه بالوزن.

يحتاجُ إلى تحرِّي الدّقيق، فإنّه قد صار جنسًا آخر[١]، كما يجوزُ بيع الْمَخِيض بالْمَخِيض كَيْلاً، ولا يُتَحَرَّى ما فيها من اللَّبن[1]، وربّما كان لأَصْحَابِنَا قولانِ في أصلٍ واحدٍ، واتّفق ظهورُ أحد القولين[٢]، وذلك موجودٌ كثيرٌ[2]، فيجبُ ردُّ كلِّ شيءٍ من ذلك إلى أصله.

وقد رَوَى فضل[3] عن مالك؛ أنّه يجوزُ بيعُ[٣] الكعك بالخبز مُتَمَاثِلاً، وهي رواية ابن القاسم، و[٤] القَدِيد بِالنّيِّ على التّحرِّي، ثمّ رجع عنه، وهذا فيه نظرٌ؛ لأنّ القَدِيد والنّيّ لم يفرّق بينهما صنعة[4]. والكعكَ والخبزَ قد وُجِدَ فيهما ذلك.

الخامسة[5]:

قولُه: «نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ» قد تقدَّم أنّ معناها أن يجهل قَدْر أحد المَبِيعَيْن من الآخر في الجِنْس الواحدِ؛ لأنّ كلَّ أحدٍ من المتبايِعَيْنِ يَقْصِد إلى غَبْنِ صاحبِهِ.

السّادسة[6]:

فإذا ثبت هذا، فإنّ المَبِيعَ على ضربين:

1 ـ ضَرْبٌ يحرُمُ فيه التّفاضلُ.

2 ـ وضَرْبٌ يجوزُ فيه.

فأمّا ما يحرمُ، فقد بيّنّاه.

---

(١) «آخر» زيادة من المنتقى.

(٢) في الأصل: «واتّفق أحدهما من القولين» والمثبت من المنتقى.

(٣) «بيع» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى.

(٤) في الأصل: «في» والمثبت من المنتقى.

....

(1) تتمّة الكلام كما هو عند الباجي: «... اللّبن، ويجوز خلّ التّمر كيْلاً، ولا يُتَحَرّى ما فيه من التّمر، وربما...».

(2) اختصار ابن العربي لما في المنتقى شابه نوعٌ من الغموض، وإليك الكلام كاملاً كما هو عند الباجي: «... القولين منهم في أحدهما في فرع من فروعه، وظهور القول الثّاني في فرع آخر وذلك كثير».

(3) أي الفضل بن سلمة.

(4) تتمة الكلام كما في المنتقى: «... صنعة تخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله».

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 245.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 245.

وأمّا ما يجوزُ فيه(١)، فإنّه لا يجوزُ أن يباعَ يابِسُهُ برَطْبِهِ على رؤوسِ النّخلِ؛ لأنّ القبضَ لا يتنجّز(٢) فيه، ويحرمُ فيه التّفَرُّقُ قبلَ القبضِ لأنّه مطعومٌ، ولا يجوزُ رُطَبُهُ بيابِسِه، ولا رَطْبُهِ برَطْبِهِ، ولا يابسُهُ بيابسِهِ، لا جِزَافًا فيهما أو في أحدهما، والآخر بالكَيْلِ على وجهٍ يجوزُ فيه التّساوِي والتّفاضُل حتّى يتبيَّن الفضل(٣) في أحدِهِمَا فيجوزُ ذلكَ، وكذلك كلُّ مَبِيعٍ وإن لم يكن مطعومًا.

بَابُ
جَامِعِ بَيْعِ الثِّمَارِ

قال الإمام:

الأصول في مسائل:

مسائل[1] هذا الباب تدورُ بين أربعِ قواعدَ: قاعدتان في المنع والفساد، وهي: الرِّبا والجهالةُ. وقاعدتان في الجواز، وهي: المصالحُ والعادةُ. فإنّ العادةَ إذا جَرَتْ أَكْسَبَتْ عِلْمًا، ورَفَعَت جَهْلاً، وَهَوَّنَتْ صَعْبًا، وهي أصلٌ من أصولِ مالك «العُرْفُ والعادَة» وأباها سائرُ العلماءِ[2]، ولقد قلتُ يومًا لشيخنا فخرِ الإسلام[3] وقد جَرَتْ مسألةٌ: إذا باعه بمئة دينارٍ وخمسينَ، هل تحمَلُ الخَمسونَ على الدّنانيرِ أم لا؟ فَذَكَرَ الخلافَ ورجَّحَ الحملَ عليها. فقلت له: وهذه المئةُ الدّينار أمرابطيّةً تكونُ أم أميريّةً(٤)؟ فقال: هذا قضاءُ العادةِ؛ لأنّه لا يجري في مدينة السّلام غيرُها(٥)، فتعلّق بالعُرْفِ والعادةِ، وهي أصلٌ من أصول مالك.

---

(١) في الأصل: «منه» والمثبت من المنتقى.
(٢) في الأصل: «يتحرى» والمثبت من المنتقى.
(٣) في المنتقى: «التفاضل».
(٤) في الأصل: «مرابطية أم عبادية» والمثبت من القبس.
(٥) في الأصل: «فإنه يجري في مدينة السلام» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر هذه الفقرة في القبس: 2/ 819.
(2) في القبس: «. . . العلماء لفظًا، ويرجعون إليها على القَسْرِ معنى» وهي أسدّ وأدقّ.
(3) هو أبو بكر الشاشي.

الفقه في مسائل:

الأولى[1]:

«مَنْ اشْتَرَى ثَمَرًا مِنْ نَخْلٍ مُسَمَّاةٍ»[2] هو كما قال؛ لأنّه[3] يشرعُ في قبضه(١)، يريدُ أنّ ذلكَ في وقتٍ يُمْكِنُ قبضه بِبُدُوِّ صلاحِ الثّمرة، وكون اللَّبَن في الغَنَم. وأمّا إذا لم يَبْدُ صلاحُها، أو لم يكن في الغنم لبنٌ، فذلك غير جائزٍ، والأصلُ في ذلك نَهيُه عليه السّلام عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُو صَلاَحُهَا[4].

وأمّا اللّبن[5]، فإنّما جازَ ذلك خلافًا للشّافعيّ[6]؛ أنّ هذا مائعٌ طاهرٌ خارجٌ من حيوانٍ لا يختلفُ جِنْسُهُ غالبًا، فجاز أن يُفْرَدَ بالبَيْعِ دونَها كماءِ العيون(٢)[7].

الثّانية[8]:

إذا ثبت هذا فقد قدّمنا أنّ شِراءَ الثَّمَرَة في النَّخْلِ يكونُ على ثلاثةِ أوجُهٍ، تقدَّم بيان(٣) الوجهين وبَقِيَ الثّالث: وهو إذا اشترط منه أَصْوُعًا معروفةً، فإنّ ذلك على وجهين:

أحدُهما: أن يشترط أخذه على حاله.

والثّاني: أن يشترط أخذه بعد تغيُّره.

فأمّا أخذُه على حاله بُسْرًا(٤) فجائزٌ؛ لأنّه بمنزلة اشتراء أَصْوُعِ تَمْرٍ من صُبْرَة، فإن

---

(١) في الأصل: «يشتر في قبضه» والمثبت من المنتقى.

(٢) في الأصل: «كالطّير» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «تقدّمت» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «بشراء» وهو تصحيف، والتصويب من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 248.

(2) هو من قول مالك في الموطّأ (1833) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2524).

(3) أي المشتري.

(4) أخرجه مالك في الموطّأ (1807) رواية يحيى.

(5) أي لبن الغنم.

(6) في الأم: 6/ 78 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 5/ 332.

(7) لعلّ النّاسخ أسقط هاهنا جملة، وهي: «ودليل ثانٍ: أنّ هذه أنثى ذات لبن فجاز أن يستباح أخذه بالمعاوضة عليه دونها كالطّير».

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 248.

شَرَطَ إبقاءَهُ إلى تَغَيُّرِهِ، فلا يخلو أن يشترطَ ذلك إلى أن يصيرَ رُطَبًا، أو إلى أن يصير تَمْرا، فإن اشترط أخذه رُطَبًا فلا خلاف فيه[1].

ووجه ذلك: أنّه معلوم الصّفة؛ لأنّ الإرطاب إنّما هو نضجٌ وليس فيه نقصان ولا زيادة، فجاز ذلك.

الثالثة[2]:

فإن اشترطَ أخذه تَمرًا، فإنّ ذلك ممنوعٌ في الجملةِ. وقال ابنُ وهبٍ عن مالك هذا، وكذلك لو وقع العَقْد حين الإرطاب واشترطه تمرًا.

ووجه ذلك: لأنّه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه[3]، وذلك مؤثّرٌ في معنى العَقْد، إلاّ أنّه لا يتفاوت تغيُّر ذلك، فلذلك لم يؤثّر(١) عند مالك وأصحابه[4] في(٢) فساد العَقْد، والفروع في هذا الباب متشعِّبةٌ جدًّا، لُبابُها ما سردناه عليكم.

بَابُ
بَيْعِ الذَّهَبِ بِالْوَرِقِ عَيْنًا وَتِبْرًا

قال في حديث مالك[5]، عن يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ؛ قَالَ: أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ السَّعْدَيْنِ أَنْ يَبِيعَا آنِيَةً مِنَ الْمَغَانِمِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ(٣)، فَبَاعَا كُلَّ ثَلاثَةٍ بِأَرْبَعَةٍ عَيْنًا، أَوْ كُلَّ أَرْبَعَةٍ بِثَلاثَةٍ عَيْنًا، فَقَالَ لَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ: «أَرْبَيْتُمَا فَرُدَّا».

قال الإمام: ذكر ابنُ وهبٍ أنّه قال: «السَّعْدَيْنِ: سَعْدُ بْنُ مَالِكٍ»[6]. وقال غيرُه:

---

(١) في الأصل: «يتغير» والمثبت من المنتقى.

(٢) «في» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى.

(٣) «أو فضّة» زيادة من الموطّأ.

....

(1) بين المالكية.

(2) هذه المسألة إلى قوله: «مالك وأصحابه في فساد العقد» مقتبسة من المنتقى: 2/ 248.

(3) لأنّ التّغيُّر يلحقه في المقدار والصِّفة.

(4) في المنتقى: «وأكثر أصحابه».

(5) في الموطأ (1843) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (1536)، وسويد (232).

(6) حكاهُ ابنُ عبد البر في التمهيد: 24/ 104 عن ابن وهب، ثم قال: «هكذا جاء في هذا الإسناد =

هو أبو سعيد الخدري، والثّاني سعد بن أبي وقّاص.

وقيل: إنّ أحدهما سعد بنُ عبادة[١]، والآخر سعد بن أبي وقّاص، وهو الصّحيح[1].

وأمّا حديث عطاء بن يسار[2]: أنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ بَاعَ سِقَايَةً مِنْ ذَهَبٍ بِأَكْثَرَ مِنْهَا[٢]، فَقَالَ لَهُ أَبُو الدَّرْدَاءِ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ، فَقَالَ لَهُ مُعَاوِيَةُ: مَا أَرَى بِهَذَا[٣] بَأْسًا، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: مَنْ يَعْذِرُنِي مِنْ مُعَاوِيَةَ، أُخْبِرُهُ[٤] عَنْ رَسُولِ اللهِ، وَيُخْبِرُنِي عَنْ رَأْيِهِ، لاَ أُسَاكِنُكَ بِأَرْضٍ أَنْتَ فِيهَا[٥]، ثُمَّ قَدِمَ أَبُو الدَّرْدَاءِ عَلَى عُمَرَ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فكتب عُمَرُ إِلَى مُعَاوِيَةَ: أَلاَّ تَبِيعَ شَيْئًا مِنْ[٦] ذَلِكَ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَزْنًا بِوَزْنٍ[٧].

حديث آخر: رَوَى مُجَاهِدٌ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتَ مَعَ ابْنِ عُمَرَ، فَجَاءَهُ صَائِغٌ[3] فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ إِنِّي أَصُوغُ الذَّهَبَ، ثُمَّ أَبِيعُ الشَّيْءَ مِنْ ذَلِكَ بِأَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهِ، فَأَسْتَفْضِلُ مِنْ

---

(١) في الأصل: «أبي عبادة» وهو خطأ.

(٢) في الموطّأ: «من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها».

(٣) في الموطّأ: «بمثل هذا».

(٤) في الموطّأ: «أنا أخبره».

(٥) في الموطّأ: «بها».

(٦) «شيئًا من» ساقطة من الموطّأ.

(٧) في الأصل: «... بمثل، فقال له بوزن» والمثبت من الموطّأ.

....

= في آخر الحديث أن أحد السّعدين سعد بن مالك، ولا أعلم في الصّحابة سعد بن مالك إلاّ سعد بن أبي وقاص وأبا سعيد الخدري، فأمّا سعد بن أبي وقاص فهو سعد بن مالك بن وهيب... وأما أبو سعيد الخدري فهو سعد بن مالك بن سنان... والأظهر الأغلب أنه سعد بن أبي وقاص».

(1) وهو الذي اختاره ابن عبد البر في التمهيد: 24/ 106.

(2) في الموطأ (1848) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2541)، وسويد (235)، والقعنبي عند الجوهري (348)، والشافعي في الرسالة (1228)، ويحيى بن سعيد القطّان عند أحمد: 6/ 448، وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 7/ 279، وانظر تعليق بشار عواد معروف على الموطأ رواية يحيى.

(3) الصائغ هو وردان الرومي، انظر غوامض الأسماء المبهمة لابن بشكوال: 1/ 298.

ذَلِكَ قَدْرَ عَمَلِي[١]. فَنَهَاهُ عَبْدُ اللهِ بْن عُمَرَ عَنْ ذَلِكَ، فَجَعَلَ الصَّائِغُ يُرَدِّدُ عَلَيْهِ الْمَسْأَلَةَ. الحديث[1].

الفقه في مسائل:

الأولى[2]:

قوله[3]: «أَمَرَ السَّعْدَيْنِ» هو من باب الوكالة في المراطلة بالذّهب والمبادلة، ومن شروطها أن يتولّى قبض العوض[٢] فيها من عَقَدَها، فإنْ عَقَدَ هُوَ[٣] الصّرف، وَوَكَّلَ من يقبِض، أو وَكَّلَ من يصرِف، ويقبِض هو، فقال مالك[4]: لا يجوزُ، وهذا إذا فارق الّذي عَقَدَ الصّرف قبل أن يقبض الآخر، لأنّه إنّما يراعى في فسادِهِ[٤] مفارقته[5] قبل القَبْضِ.

الثّانية[6]:

فإن عَقَدَ الصّرف، ودفع الدّينار، وأحال عليه من يقبِض الدّراهم، ثمّ فارقه قبل القَبْض، فلا خلافَ في أنّهُ لا يجوزُ. فإن قضاهُ قبل مفارقته[7]، ففي «كتاب محمّد» عن ابنِ القاسم: لاَ خَيْرَ في ذلك، سواء أحال بجميعِ الدّراهم أو ببعضها[٥].

وروى زَيْد بن بِشْر[٦] عن ابنِ وهب أنّه لا بأس به.

---

(١) في الموطّأ: «قدر عمل يدي».

(٢) في الأصل: «القرض» والمثبت من المنتقى.

(٣) «هو» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى.

(٤) في الأصل: «فساد» والمثبت من المنتقى.

(٥) في الأصل: «أحال بالدّراهم أو بعضها» والمثبت من المنتقى.

(٦) في الأصل: «بُشَيْر» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (1846) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2540)، وسويد (234)، وعبد الرزاق في المصنف (14574)، وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 7/ 278.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 257.

(3) في حديث الموطأ (1843) رواية يحيى.

(4) حكاه عنه ابن الموّاز.

(5) أي العاقد.

(6) هذه المسألة بفرعها مقتبسة من المنتقى: 4/ 257.

(7) أي مفارقة المصارف له.

وقال أشهب: يُفْسَخُ[١] ذلك إلاّ أن يُفارقَهُ قبل قبضِ المحال، سواء ثبت دَيْن المُحَال عليه قبل عَقْد الصَّرف أو بعده.

قال الإمام[1]: فقولُ ابنِ القاسم مبنيٌّ على أنّ مِنْ شرطه[2] أن يقبض العاقد العِوَضَ، ومن شرطه عند أشهب ألاّ يفارقه قبل القبض هو أو غيره، هو بمنزلة الإقالة في السَّلَم[3].

فرع:

فإن كان دينارٌ بين رجلين، فصرفاه بدراهم، ثمّ وكّل أحدهما صاحبه على القبض، ثمّ انقلب[4]، جازَ أن يقبض الثّاني قبل أن يفارق الصّراف. حكاه ابنُ الموّاز[٢] عن ابن القاسم، وكذلك الحُلَي.

الثّالثة[5]:

قال علماؤنا[6]: ولا اعتبار بالسُّكَّة وبالصِّياغة في شيءٍ من ذلكَ، فإنْ كان المَصُوغُ أَدْوَنَ ذَهَبًا[٣] والتِّبْرُ أفضل، فلا بأس بذلك، لأنّ الصِّياغةَ تبعٌ مُلْغىً غير مؤثِّر كالجَوْدَة، ولو ثبتَ له في ذِمَّته ذهبٌ مَصُوغٌ، فأراد أن يقبضَه عنه[٤] تِبرًا أفضل ذهبًا[٥] لم يَجُز، لأنّ الصِّياغةَ قد ثبتت له في ذمّته، فَتَرَكَ ذلك عِوَضًا عن جَوْدة الذّهب[5] التِّبْر، فدخل

(١) الأصل: «أفسخ» والمثبت من القبس.

(٢) «ابن المواز» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من المنتقى.

(٣) «ذهبا» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من المنتقى.

(٤) «عنه» زيادة من المنتقى.

(٥) «ذهبًا... الذهب» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من المنتقى.

....

(1) الكلام دائمًا للإمام الباجي.

(2) أي شرط الصّرف.

(3) ويذكر الباجي في المنتقى أن الفرق عند ابن القاسم بين ذلك وبين الصرف أنّ الصرف أشدّ؛ لأنّ سرعة القبض فيه معتبرة لنفسها لا لمعنى في غيرها، والإقالة في السّلَم لم يلزم القبض فيها قبل التّفرّق؛ لأن ذلك مقتضى عقد الإقالة بدليل جواز تأخير القبض في الإقالة من الأعيان، وإنّما يلزم ذلك فيها لئلا يؤول إلى فسخ دَيْن في دَيْن.

(4) قبل القبض.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 258.

(6) المقصود هو الإمام الباجي.

ذلك التّفاضل، لأن ذلك ذهب وصياغة بذهب[١]، وليس كذلك المراطلة فإن الصّياغة لم تثبت في ذِمَّتِهِ، فلا تأثير لها.

الرّابعة[1]:

قولُه[2]: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ» يريدُ إِيجاب التّساوي، ولا تجوز فيه زيادةٌ.

وبدل الدّنانير والدّراهم بمثلها، يكون ذلك على وجهين: وزنًا وعددًا.

فأمّا الوزنُ[٢]، فلا يجوزُ فيه إلاّ التّساوي، ولا تجوزُ فيه زيادةٌ على وَجْهِ مَعْرُوفٍ.

وأمّا المبادلةُ بالعدَدِ، فإنّه يجوزُ[٣] ذلك، وإن كان بعضها أَوْزَن من بعضٍ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، وليس ذلك في التّفاضل؛ لأنّهما لم يُبْنَيَا على الوزن، ولهذا النّوع تقديران: الوَزْن والعَدَد، وإن كان الوَزْن أحقّ، إلاّ أنّ العَدَد معروفٌ، فإذا عمل على العدد، جوّز يسير الزّيادة على وَجْهِ الْمَعْرُوفِ.

الخامسة[3]:

قولُه: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ، وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ، لاَ فَضْلَ بَيْنَهُمَا» يحتملُ معنيين:

أحدُهما: أنّ الاسمَ لهذا المقدار[4]، مَصُوغًا كان أو غيره، فيكون عامًّا.

والثّاني: أن يكون اسمًا للمضروب دون غيره، ولكنّه قاسَ المَصُوغَ عليه، على ما قدّمناه.

وقولُه: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ» فإنّه يقتضي ثلاثة أشياء:

1 - المبايعةُ.

---

(١) في المنتقى: «لأنه صياغة وذهب بذهب».

(٢) في الأصل: «العدد» وهو تصحيف، والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «لا يجوز» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 259 مع تصرُّف يسير.

(2) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (1844) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2537)، وسويد (232)، ومحمد بن الحسن (816)، وابن القاسم (192)، والقعنبي عند الجوهري (635)، والشافعي في الرسالة (759)، وعبد الرحمن بن مهدي عند أحمد: 2/ 485، وابن وهب عند مسلم (1588)، وقتيبة بن سعيد عند النّسائي في الكبرى (6161).

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 260.

(4) من ذهب وَوَرِقٍ.

2 ـ والمبادلةُ.

3 ـ والقضاءُ.

وأمّا المبايعة، فإنّها تختصُّ في الأغلبِ بمعاوَضَةِ العُروض بعضها ببعض، والعَرْض بالأثمان[١]. وأمّا الأثمان[٢] بعضها ببعض، فإنّ لها اسمًا أخصّ، فإنْ بِيعَ[٣] منها شيءٌ بغير جنسِهِ، فاسمُ الصّرف أخصّ به، فإنْ بِيعَ بجِنْسِهِ، فاسمُ المبادلةِ والمُرَاطلةِ أحقّ به، وهما يختلفان، وذلك أنّ المراطلة تكون وزنًا، والمبادلة تكون عَدَدًا.

وأمّا القضاء فقد يَكونُ قضاءً[٤] عن سلفٍ *وقضاء عن غير سلفٍ، فإن كانت عن سلف*[٥]، أسْلَفَهُ ذهبًا عددًا قضاءً، مثل عدده ووزنه؛ كانَ هذا معنى الدّينار بالدّينار وزنًا وعددًا.

---

(١) في الأصل: «وبالعروض الاحار» والمثبت من المنتقى.

(٢) «وأما الأثمان» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من المنتقى ليلتئم الكلام.

(٣) في الأصل: «... يختص بأن يباع...» والمثبت من المنتقى.

(٤) «قضاء» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من المنتقى.

(٥) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من المنتقى ليلتئم الكلام.

كتاب[١] الصَّـــرف

قال الإمام الحافظ[1]: هذه الكلمةُ لم تأتِ بهذا البناء في كتاب اللهِ ولا على لسانِ رسولِهِ ﷺ، وإنّما هي كلمةٌ فصيحةٌ عربيّة، جاء لفظُ الفعلِ منها في حديث طَلْحَةَ[2]، قال فيه: «فَتَرَاوَضْنَا حَتَّى اصْطَرَفَ مِنِّي».

واختلفَ أهلُ العربيّة فيه: فقال بعضُهم: هو في لِسانِ العربِ: بَيْعُ النّقدَينِ بعضِهِمَا ببعضٍ.

قال أبو حاتم[3]: الصّرفُ في اللّغة مأخوذٌ من صرف أحد العِوَضَيْن في الآخر، وقد يكون ذلك بالقول، وقد يكون بالفعل، وهو عامٌّ في كلِّ مُعَاوَضَة، وإنّما خُصَّ في اللّغة بيع النّقدين بذلك تعريفًا.

وقال ابن السِّكِّيت[4]: سُمِّي الصَّرف صرفًا؛ لأنّه لا يفارقُ أحدُهما صاحبه حتّى يصرف إليه عِوَضَ ما أخذ منه، وهذا قولٌ فاسدٌ.

وقال الشّاشي: إنّما فسد قولُ ابن دُرَيْد[5]؛ لأن فيه بناء اللُّغة على الشّرع، والشّرعُ هو المبنيُّ على اللُّغة[6].

---

(١) لا ندري إن كانت هذه التسمية من المؤلِّف، أم هي من الناسخ؟ فما جاء في الصرف هو باب من كتاب البيوع.

....

(1) انظر بعض هذا الكلام في القبس: 2/ 822 ـ 823، والفقرة الأولى أوردها اليفرني في الاقتضاب: 2/ 193 ولم ينسبها إلى ابن العربي.

(2) في الموطأ (1856) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2549)، وسويد (238)، وابن القاسم (10)، ومحمد بن الحسن (817)، والقعنبي عند الجوهري (206)، وعبد الرزّاق في المصنّف (14541)، وعبد الملك بن عمرو العقدي، وعثمان بن عمر، عند أحمد: 1/ 45، والتنيسي عند البخاري (2174)، وروح بن عبادة، وعبد الله بن نافع، ومعن، عند ابن عبد البرّ في التمهيد: 6/ 282.

(3) هو سهل بن محمد السّجستاني، اللغوي المعروف.

(4) لم نجد كلام ابن السكّيت في إصلاح المنطق، ولا في كتاب الألفاظ.

(5) كذا، ولعله ابن السكيت.

(6) انظر التّوقيف على مهمات التعاريف: 454، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 213.

والأصلُ في الصّرف: حديث عُبَادَة بن الصَّامِت عن النَّبيِّ عليه السّلام.

الفقه في خمس مسائل:

الأولى:

قال علماؤنا: إذا تصارفَ الرَّجُلان، وأحدهما يعرف أنّ دنانيره زيوف، فالصَّفقة عند مالك مفسوخةٌ. وقد قيل: إنها تامّة، على تفصيلٍ وتفريعٍ طويلٍ.

وقد[1] غَلِطَ أبو حنيفةَ[2] في هذه المسألةِ فقال: «إنّ التّفرُّقَ(١) قبلَ التّقابُضِ يجوزُ في بَيْع كلِّ مالٍ رِبَوِيٍّ ما عدا النَّقْدَيْنِ، فإنَّ التّقابُضَ قبلَ التَّفَرُّقِ[1] واجبٌ فيهِمَا، سواءٌ بِيعَ الجنسُ بالجنسِ أو بغيره منهما، قال: لأنّ اسمَ المُبَايَعَةِ فيهما صَرْفٌ، وذلك عبارةٌ عن صرفِ،أحدِهما في الآخرَ(٢) فإذا لم يوجَدْ معنى التَّقابُض، لم يُوجَدْ معنى الاسمِ».
وهذا وهمٌ من ثلاثةِ أَوْجُهٍ:

أحدُها: أنَّ لفظَهُ لم يرد في كلامِ الشّارِعِ ـ كما قدّمنَا ـ فينبني عليه حُكْمٌ.

الثّاني: أنّ الصَّرْفَ في اللُّغةِ ـ كما قالوا ـ مأخوذٌ من صَرْفِ أَحَدِ العِوَضَيْنِ في الآخَرِ، وقد يكونُ ذلك بالقولِ والفعلِ.

الثّالثُ: حديثُ عمرَ «قَالَ رَسُولُ اللهِ: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْوَرِقُ بالْوَرِقِ رِبًا إلاّ(٣) هَاءَ وَهَاءَ. الحديث»[3] وفي الصّحيح: «فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِنْ كَانَ يَدًا بِيَدٍ»[4] وهذا نَصٌّ، وإن كان العلماء قد اختلفوا في علة الرِّبَا في هذه الأعيان الرِّبَوِيَّةِ.

---

(١) في الأصل: «التفريق» والمثبت من القبس.
(٢) «صرف أحدهما في الآخر» زيادة من القبس.
(٣) «ربا إلاّ» ساقطة من الأصل، واستدركتها من الموطّأ.

....

(1) انظر هذه الفقرة في القبس: 2/ 822 ـ 823.
(2) انظر مختصر الطحاوي: 75، والمبسوط: 14/ 2.
(3) أخرجه مالك (1856) رواية يحيى، بلفظ: «الذّهب بالورق ربًا...» قال ابن عبد البر في التمهيد: 6/ 282 «هكذا قال مالك، ومعمر، واللّيث، وابن عُيَيْنَة في هذا الحديث عن الزهري الذهب بالورق، ولم يقولوا: الذّهب بالذّهب، والورق بالورق، وهؤلاء هم الحجة الثابتة في ابن شهاب على كل من خالفهم».
(4) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت، بلفظ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف...».

فأمّا النّقدانِ، فقال أبو حنيفةَ[1] وغيرُه: العِلَّةُ فيهما[١] الوَزْنُ، وحَرَّمَ الرِّبا في كلِّ مَوْزُونٍ على اختلافِ أنواعِهِ.

وقال مالكٌ والشّافعيُّ[2]: العِلَّةُ فيهما كونُهما أثمانَ الأشياءِ، وتلكَ عِلَّةٌ واقفةٌ تختصُّ بهما.

الثّانية[3]:

قال الإمامُ: وبابُ الصَّرْفِ من أضيقِ أبوابِ الرِّبا، والتَّخلُّص من الرِّبا عسيرٌ، إلاّ مَنْ كان من أهلِ الوَرَعِ والمعرفةِ بما يحلُّ فيه[٢] ويحرمُ، وقليلٌ ما هم، ولذلك كان أَصْبَغُ يَكْرَهُ أن يستظلَّ بظِلِّ الصَّيرفيِّ؛ لأنَّ الغالِبَ عليهم الرِّبا[4].

وقال علماؤنا[5]: لا يجوزُ في الصَّرفِ ولا في بَيْعِ الذّهبِ بالذّهبِ ولا الفضّة بالفضّة مُوَاعَدَةٌ ولا خيارٌ، ولا كفالةٌ ولا حَوَالَةٌ، ولا يصحُّ إلاّ بالمُنَاجَزَةِ الصّحيحةِ، لا يفارق أحدهما صاحبه وبينه وبينه عملٌ، لقوله عليه السّلام: «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلاَ تُشِفُّوا[٣] بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ، وَلاَ تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ»[6].

الثّالثة[7]:

قال علماؤنا[8]: والنَّظِرَةُ في الصَّرفِ تنقسم على ثلاثة أقسام[9]:

أحدُها: أن ينعقد الصَّرفُ بينهما على أن ينظرَ أحدهما صاحبَهُ بشيءٍ ممّا اصطرفا فيه - وإن قَلَّ، فهو إذا وَقَعَ فُسِخَ جميعُ الصَّرْفِ باتّفاقٍ، لانعقادِهِ على فسادٍ.

---

(١) في الأصل: «لهما» والمثبت من القبس.
(٢) «فيه» زيادة من المقدّمات الممهّدات.
(٣) في الأصل: «ولا تسلفوا» والمثبت من المقدمات والموطأ.

....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 75.
(2) انظر الحاوي الكبير: 5/ 91.
(3) هذه المسألة مقتبسة من المقدّمات الممهّدات: 2/ 14 - 15.
(4) قوله: «لأن الغالب عليهم الرّبا» من تعليل عبد الملك بن حبيب.
(5) المقصود هو الإمام ابن رشد الجدّ.
(6) أخرجه مالك في الموطأ (1845) رواية يحيى، من حديث أبي سعيد الخدري.
(7) هذه المسألة مقتبسة من المقدّمات الممهّدات: 2/ 15.
(8) المقصود هو الإمام ابن رشد الجدّ.
(9) اكتفى المؤلّف بذكر قسمين فقط.

الثّاني: أنْ ينعقدَ الصَّرفُ بينهما على المُنَاجَزَةِ، ثمّ يُؤَخِّرُ أحدُهما صاحبَهُ بشيءٍ ممّا اصْطَرَفَا فيه، فهذا يَنْتَقِضُ الصَّرْفُ فيما وَقَعَ فيهِ التَّأخيرُ باتفاقٍ، إنْ كان درهمًا انتقض صرفُ دينارٍ واحدٍ ما بينَهُ وبينَ أن يكونَ الَّذِي وَقَعَ فيه التَّأخِيرُ أكثرَ من الصَّرْفِ للدِّينارِ، فهذه الأقسامُ متى وقعت بَطَلَ الصَّرْفُ.

الرّابعة[1]: وهي مسألة المراطلة

قولُه[2]: «يُرَاطِلُ الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ» يريدُ المبادلة بالوَرِق[١]، وهو على ضربين:

أحدُهما: غيرُ مسكوكٍ، فلا خِلافَ في جوازِهِ فيَ المذهب[3].

والثّاني: مسكوكٌ، فهو يتخرّجُ[4] على روايتين:

1 ـ إحداهُما[٢]: أنّه جائزٌ، وذلكَ مبنيٌّ على أنّه متعيّنٌ[5]، وعلى هذا يراه أكثر علمائنا في المراطلة[6]، فإنَّ أقوالَهُم في ذلكَ مطلقةٌ لا تتقيّدُ بمعرفةِ[٣] الوَزْنِ.

2 ـ والثّانية: أنّه لا يجوزُ، وذلكَ مبنيٌّ على أنّها لا تتعيَّن بالعَقْد؛ لأنّ هذا من باب الجُزَافِ، والجُزَافُ في مسكوكِ الذَّهبِ والفضّةِ لا يجوزُ العَقْدُ عليه، إلاّ أن يكونَ هذا حكمًا يختصُّ عندهم بالمراطلةِ، ولا فرقَ بينها[٤]، وبين الصَّرْفِ وغيرِهِ من البيوعِ. وقد رأيتُ لبعضِ أصحابِنَا أنّه لا يجوز المراطلة[٥] بين الدَّنانيرِ والدّراهمِ لهذا المعنى، وقد

---

(١) في المنتقى: «يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزنا بوزن» وهو أسدّ.

(٢) في الأصل: «أحدهما».

(٣) في الأصل: «بتفرقة» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «بينهما» والمثبت من المنتقى.

(٥) «المراطلة» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 276.

(2) أي قول يزيد بن عبد الله بن قُسَيْط في الموطأ (1858) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2551)، وسويد (239).

(3) في المنتقى: «فلا خلاف على المذهب في جوازه»، وهو المسمى بالمراطلة، انظر المعونة: 2/ 1027، وجامع ابن يونس: 495.

(4) في المذهب.

(5) أي أنّ الدّنانير والدّراهم تتعيّن بالعَقْد.

(6) في المنتقى: «وعلى هذا ترد أكثر مسائل أصحابنا في المراطلة».

يجوزُ ذلكَ بأنْ يعرف وزن أحدِ الذَّهبينِ ثمَّ يراطل بها الآخر[١].

بَابُ
الْعِينَةِ وَمَا يُشْبِهُهَا

قال الإمام[1]: هذه كلمةٌ تَرْجَمَ بها مالكٌ، ورَدَتْ في الحديث، رَوَى أبو دَاوُدَ[2] عن النّبيِّ عليه السّلام أنّه قال: «إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِالْعِينَةِ، وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ. الحديث»، وجَرَتْ في ألفاظِ الصّحابةِ[٢]، ذَكَرَها علماؤنا عن ابنِ عمرَ وابنِ عبّاسٍ، إلاّ أنّ ابنَ عبّاسٍ فسَّرَها بأنْ يبيعَ الرّجلُ من الرّجلِ سِلْعَتَهُ بدَيْنٍ إلى أجَلٍ، ثمّ يَشْتَرِيَها بأقلَّ ممّا باعَها نقدًا، وهي مسألةُ الذَّرائِعِ، وفسَّرها غيرُه بأنّها بيعُ ما ليسَ عندَكَ، وأصلُها فِعْلَة من العَوْنِ، وقد كانت جاريةً عندهم فيما يجوزُ وفيما لا يجوزُ، فوقعَ النَّهيُ منها على ما لا يجوزُ، وجَعَلَ مالكٌ منها بيعَ الطّعامِ قبلَ قبضِهِ، لِيُبَيِّنَ أنّها عندَهُ عبارةٌ[٣] عن كلِّ عَقْدٍ لا يجوزُ، هذا معنَى التّرجمة.

قال الإمام: وقد رُوِيَ عن النّبيِّ عليه السّلام في ذلك أحاديث ثلاثة:

1 ـ الأوّلُ: قال: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»[3].

---

(١) في الأصل: «يتراطل بها الأخرى» والمثبت من المنتقى.
(٢) في الأصل: «الحديث» والمثبت من القبس.
(٣) في الأصل: «نهي» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر الكلام التالي في القبس: 2/ 825 ـ 826.
(2) الحديث (3462م) عن ابن عمر. والحديث أخرجه أيضًا ابن عدي في الكامل في الضعفاء: 5/ 360، وأبو نعيم في الحلية: 5/ 209، والبيهقي: 5/ 316، كلهم بلفظ «إذا تبايعتم بالعينة».
كما روي بلفظ: «وتبايعوا بالعينة» رواه أحمد: 2/ 42، والطبراني في الكبير (13583) من طريق أبي بكر بن عياش عن الأعمش، عن عطاء، عن ابن عمر، واعتبر ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 19 هذا الحديث من أصح ما ورد في بيع العينة، وصحّحه ابن القطّان في بيان الوهم والإيهام: 5/ 295 (2484).
(3) أخرجه مالك في الموطأ (1864) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2559)، وسويد (240)، وابن القاسم (287)، والقعنبي عند الجوهري (474)، والشافعي في مسنده: 189، وفي السنن: 271، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 38.

2 ـ قال ابنُ عمرَ: كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَبْتَاعُ الطَّعَامَ، فَيَبْعَثُ إِلَيْنَا[1] مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي ابْتَعْنَاهُ فِيهِ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ. هكذا رواه مالك[2] وجماعة[3]، زاد في «الصَّحِيحِ»: «كُنَّا[(١)] نَبْتَاعُ الطَّعَامَ جُزَافًا»[4] وزاد عن ابنِ عبّاس: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ»[5].

3 ـ ورَوَى الدّارقطنيّ وغيره قال: «نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلاَمُ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وَرِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ»[6]. وزاد عن عتَّاب بنِ أَسِيْدٍ؛ أن النبيّ ﷺ قال له حين وَلاَّهُ مكَّةَ: «انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا، وَرِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوا»[7].

الفقه في مسائل:

الأولى[8]:

اختلفَ العلماءُ في هذا على سِتَّةِ أقوالٍ:

1 ـ الأوّلُ: أنّ كلَّ مَبِيعٍ كيف ما[(٢)] تصرَّفَ حالُهُ، من أيِّ مالٍ كانَ، فإنّه لا يجوزُ بَيْعُه قبلَ قَبضِهِ، قاله الشّافعي[9]، وأحمد في إحدى رِوَايَتَيْهِ[10].

---

(١) في الأصل: «حتى» والمثبت من القبس وكتب السُّنة.

(٢) في الأصل: «كلما» والمثبت من المنتقى.

....

(1) في الموطأ: «علينا».

(2) في الموطأ (1865) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2560)، وسويد (240)، ومحمد بن الحسن (768)، وابن القاسم (239)، والقعنبي عند الجوهري (686)، والطباع عند أحمد: 1/ 56، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1527).

(3) انظر تعليقنا السابق.

(4) أورده بهذا اللفظ ابن عبد البر في التمهيد: 13/ 335، والذي وجدناه في صحيح مسلم (1527) من حديث ابن عمر بلفظ «وكنا نشتري الطّعامَ من الرُّكبانِ جزافًا».

(5) سبق تخريجه صفحة: 18 من هذا الجزء.

(6) سبق تخريجه صفحة: 20، 21 من هذا الجزء.

(7) سبق تخريجه صفحة: 20 من هذا الجزء.

(8) انظرها في القبس: 2/ 826 ـ 827.

(9) في الأم: 6/ 227 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 5/ 220.

(10) انظر الشرح الكبير لابن قدامة: 11/ 498.

2 ـ قال أبو حنيفةَ[1] مثلَه، إلاّ في العَقَارِ فإنّه يجوزُ بيعُه قبلَ قبضِهِ.

3 ـ الثّالثُ: أنّ هذا في الأموال الرِّبَوِيّة خاصّةً، قاله مالكٌ في المشهور[2].

4 ـ الرّابعُ: أنّ ذلك في المطعوماتِ من جُمْلَةِ الأموالِ، قاله ابنُ وَهْبٍ عنه[١].

5 ـ *الخامسُ: أنّ ذلك في الأموال الرِّبَوِيَّة وفي المطعومات، نعم، وفي المعدوداتِ، قاله جماعة؛ منهم عبدُ العزيز بن أبي سَلَمَةَ وابن حبيبٍ.

6 ـ السّادسُ: أنّ ذلك يجري في الجُزافِ، ولا يجوزُ بيعُه حتّى يُقْبَضَ، كما جرَى فيما فيه حقُّ تَوْفِيَةٍ*[٢].

على تفصيلٍ طويلٍ أَعْرَضْنَا عنهُ.

الثّانية[3]:

قال علماؤنا[4]: المَبِيعُ[٣] على ضربينِ: مطعومٌ، وغيرُ مطعومٍ.

فأمّا «المطعومُ» فإنّه قسمانِ:

1 ـ قسمٌ يجري فيه الرِّبَا.

2 ـ وقسمٌ لا يجري فيه الرِّبَا.

فأمّا «ما يجري فيه الرِّبا» فلا خلافَ في المذهبِ أنّه لا يجوزُ بيعُهُ قبلَ استيفائِهِ.

وأمّا «ما لا يجوزُ فيه الرِّبَا» فعن مالك فيه روايتان:

1 ـ إحداهُما[٤]: أنّه لا يجوزُ بيعُهُ قبلَ قبضِهِ، وهو المشهورُ من المذهب.

2 ـ ورَوَى ابنُ وَهْبٍ عنه أنّه يجوز بيعُه قبل قَبْضِهِ.

---

(١) «عنه» ساقطة من الأصل، وأضفناها من القبس.

(٢) ما بين النّجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من القبس.

(٣) في الأصل: «البيع» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «أحدهما».

....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 84، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 29.

(2) انظر المعونة: 2/ 969 حيث ذكر أنّ هذا القول هو رواية ابن وهب عن مالك.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 279.

(4) المقصود هو الإمام الباجي.

فوجه الأُولى[١]: ما احتجّوا به من قول النبيّ عليه السّلام *«مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَه»*[٢][1]، وهذا يصحُّ الاحتجاجُ به في هذا الحُكْم، على قول من يمنعُ التّخصيصَ بعُرْفِ اللُّغةِ، وأمّا من رَأى التّخصِيصَ بعُرْفِ اللّغةِ، فلا يُجَوِّزُ الاحتجاجَ بهذا الحديثِ على هذا الحُكْم؛ لأنّ لفظةَ الطّعام إذا أُطْلِقَت، فإنّما يُفْهَم منها بعُرْفِ الاستعمال الحِنْطَة، ولذلك لو قال رجلٌ: مضيتُ إلى سوق الطّعام، لم يُفْهَم منه إلاّ سوق الحِنْطَة[٣].

ووجهُ الثّاني: أنّ ما لا يجوزُ فيه التّفاضلُ نقدًا، فإنّه لا يحرمُ[٤] بيعُهُ قبلَ قبضِهِ.

الثّالثة[2]:

قال الإمام: هذا في المطعُومِ المُقْتَاتِ[٥] المَكِيل أو الموزون[٦]. وَرَوَى ابنُ القاسم عن مالك في «المبسوط»: وكذلك المعدود لا يجوزُ ذلك فيه حتّى يقبضَهُ، وهذا قالَهُ جماعةٌ، وهو المَذْهَب.

فرع:

فإن كان غير مطعوم، فمذهب مالك أنّه لا مَدْخَلَ لهذا الحُكْم في غيرِ المطعومِ، ولا تعلُّقَ له[٧] به، سواء كان مَكِيلاً أو موزونًا أو غيره.

وقال ابنُ أبي سَلَمَةَ وربيعةُ ويحيى بنُ سعيدٍ: كلُّ ما بِيعَ على كَيْلٍ أو وزْنٍ أو عَدَدٍ، مطعومًا كانَ أو غيرَ مطعومٍ، فلا يجوزُ بيعُهُ قبلَ قبضِهِ، واختارَهُ ابنُ حبيب. وقال

---

(١) في الأصل: «الأوّل».
(٢) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من المنتقى.
(٣) الفقرة السّابقة بعض كلماتها مطموس في الأصل، وقد استعنّا - بعد الله سبحانه - بالمنتقى في تكملة النّقص.
(٤) في الأصل: «يجوز» والمثبت من المنتقى.
(٥) الأصل مطموس، والمثبت من المنتقى.
(٦) في الأصل: «والموزون» والمثبت من المنتقى.
(٧) «له» ساقطة من الأصل، وقد استدركناها من المنتقى.

....

(1) سبق تخريجه صفحة: 18 من هذا الجزء.
(2) هذه المسألة بفرعها مقتبسة من المنتقى: 4/ 280.

أبو حنيفة[1]: هذا الحكمُ ثابتٌ في كلِّ مَبِيعٍ ينقل ويحول.

وقال الشّافعيّ[2]: هو ثابتٌ في كلِّ مَبِيعٍ.

ودليلُنا: قولُه عليه السّلام: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»[3] فخصّ الطّعامَ، فَدَلَّ أنّ غيرَهُ مخالفٌ لَهُ، وهذا الاستدلال بِدَليلِ الخِطَابِ، وقد تقدَّم الكلام عليه في «أوّلِ الكتاب»[4].

الرّابعة[5]:

وأمّا ما يختصُّ به هذا الحُكْم من وجوهِ الاستفادةِ؛ فإنَّ العقودَ على ضربينِ:

1 ـ معاوَضَةٌ.

2 ـ وغير معاوَضَة.

فالمعاوَضَةُ: البيعُ وما في معناه من الإجارة، والمُصَالحة، والمُخَالعة، والمُكَاتَبة، والأرزاق، على وجهِ العِوَضِ، كأرزاق القُضاة والمؤذِّنين.

وقال أبو حنيفة: ما مُلِكَ بميراثٍ أو خُلْعٍ[6] من طعام أو غيره، فإنّه يجوزُ بيعُهُ قبلَ قبضِهِ.

الخامسة[7]:

وهو أنّ العقود تنقسمُ إلى ثلاثةِ أقسام:

1 ـ قسمٌ يختصُّ بالمُغَابَنَةِ(١)، كالبيعِ والإجارةِ، وما كان في حُكْمِهِمَا.

2 ـ وقسم يَصِحُّ أنْ يكون على وجه *المغابنة، ويَصِحُّ أن يقعَ على وجه الرِّفْق، كالإقالة، والشِّركة، والتَّوْلِيَة.

---

(١) في الأصل: «المعاملة» وهو تصحيف، والمثبت من المنتقى.

....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 84.
(2) انظر الحاوي الكبير: 5/ 220.
(3) سبق تخريجه صفحة: 18 من هذا الجزء.
(4) في المنتقى: «وقد تقدّم الكلام فيه، ودليلنا من جهة القياس: أن هذا مبيع ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كالدّنانير والدّراهم».
(5) هذه المسألة اقتبسها المؤلِّف من المنتقى: 4/ 280.
(6) في المنتقى: «بمهر أو خُلْعٍ».
(7) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 280.

3 - وقسمٌ لا يكون إلاّ على وجه الرِّفق كالقَرْضِ*[١].

فأمّا البيعُ وما كان في معناه[٢]، فقال عبدُ الوهّاب: ما كانَ أُجرةً لعملٍ، أو قضاءً لِدَيْنٍ، أو مَهْرًا، أو خُلْعًا، أو صُلْحًا، فذلك يجري مَجْرَى البَيْع، فلا خِلاَفَ أنّه لا يجوزُ أن يتوالى منه[٣] عَقْدَانِ لا يتخلّلهما قبضٌ. والأصلُ في ذلكَ الحديث المتقدِّم.

السّادسة[1]:

وأمّا ما يكونُ قبضًا، فهو ما يخرجُ به من ضمانِ البائِع إلى ضمانِ المشتري، من الكَيْلِ، والتّوفِيَة في المَكِيلِ والموزونِ، والتّوفية في الموزونِ[2]، فمثلُ هذا يكونُ فصلاً بين البيعتين، فإنْ عَقَدَا بَيْعًا في طعامينِ في ذِمَّتينِ، ثمّ أرادا أن يتقاضيا بهما[٤]، لم يجز ذلك على المشهور من المذهب، وبه قال ابن القاسم. وقالَ[٥] أشهب[3]: إن اتّفق رؤوس مالهما[4].

---

(١) ما بين النّجمتين مضطرب في الأصل، وقد أثبتنا الصّواب من المنتقى.

(٢) في الأصل: «فأما البيع وما معناه» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «أن يناوله» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «يتفاضلا فيهما» والمثبت من المنتقى.

(٥) «قال» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى ليستقيم الكلام.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 282.

(2) تتمّةُ الكلام كما في المنتقى هي كالتّالي: «... الموزون وفي التّحرّي في الاتّفاق على مقداره والحكم به، وتوفيته إن كان فيه حقّ توفيه، وذلك بأن توفية البائع المبتاع، وتسليم المبتاع إياه، لازم قبل أن يبيعه... فمثل هذا...».

(3) في كتاب ابن الموّاز.

وجه هذا القول: أنّهما لمّا تقاضيا بالطّعام آل أمرهما إلى طعام واحدٍ، فقد انعقد عليه عَقْدا بيع، وكلُّ واحد منهما انعقد بلفظ البيع وعلى معناه من المغابنة والمكايسة لم يفصل بينهما قبض وذلك ممنوع.

(4) تتمّة الكلام كما هو في المنتقى: «... في القَدْرِ والصِّفة جاز ذلك».

وجه هذا القول: أنّ مآل أمرهما إلى الإقالة لأنّ المسلّم الثّاني ردّ إلى الأوّل مثل رأس ماله وهذا معنى الإقالة والعقود لا تعتبر فيها باللّفظ وإنّما تعتبر بالمعنى، ولما كان معنى ما وُجِدَ منهما السلم والإقالة وذلك يجوز في الطّعام قبل استيفائه، جاز ذلك في مسألتنا.

بَابُ
مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ

قال الإمام[1]: أدخل مالك في هذا الباب مسألةَ سعيدِ بن المُسَيَّبِ وسليمانَ بنِ يَسَارٍ[2]، وذلك بناءً على أنّ البَيْعَتَيْنِ اللَّتَيْنِ تَبَيَّنُ الآخِرَةُ منهما الرِّبا تُفْسَخَانِ جميعًا[١].

قال مالك[3]: «مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ».وذَكَرَ مسألةَ الذَّريعةِ، وهي حرامٌ عنده، وقبل[٢] ذلك قال[4]: مَا يُكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الثِّمَارِ، وذَكَرَ ما هو أشدُّ منه وهو الرِّبا في التّمر[٣]، وهو حرامٌ أيضًا باتّفاق. وأَطلَقَ المكروهَ على الحرام، وهو يَنقسِمُ عنده إلى ما يَحْرُمُ فِعلُه، أو إلى ما تركُه أَوْلَى من فِعْلِه، وهو المكروهَ في إطلاق الأصوليِّين، إلاّ أنّهم ما بيّنوهُ بيانًا شافيًا. وأصلُه في اللّغة: ما يريدُ المرءُ تَرْكَهُ، وكراهيةُ اللهِ تعالى للشّيءِ من إرادتُه ألاّ يكونَ[5]، قال الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن كَرِهَ ٱللَّهُ ٱنۢبِعَاثَهُمۡ﴾ الآية[6]. وليس يمتنعُ إطلاقُه على الحرام، ولا على ما تركُهُ أَوْلَى من فِعْلِهِ، كما ليس يمتنعُ[٤] تخصيصُه في الاصطلاح بما تركُهُ أولَى من فعلِهِ، ولكنّ الأدلّةَ إنّما تُعَيِّنُ[٥] كلّ واحدٍ من الحالتين، وتُبَيِّنُ[٦] المخصوصَ في النّازلةِ من الحُكْمَيْن، والمسألةُ أصوليةٌ أكثر من فقهيّةٍ.

---

(١) العبارة مضطربة في الأصل، وأثبتنا ما في القبس 3/ 264 (ط. الأزهري) و(ط. هجر) 16/ 553.
(٢) في الأصل: «وقيل» والمثبت من القبس.
(٣) في الأصل: «الثمن»، وفي القبس: «الثمرة» والمثبت من القبس: 3/ 265 (ط. الأزهري).
(٤) في الأصل: «نتبع» والمثبت من القبس.
(٥) في الأصل: «يعتبر» والمثبت من القبس.
(٦) في الأصل: «ويتبيّن» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر هذه الفقرة في القبس: 2/ 829 ـ 830.
(2) هي في الموطأ (1871) رواية يحيى، ورواها عن مالك: أبو مصعب (2567)، وسويد (243)، ومحمد بن الحسن (771)، وعبد الرزاق في مصنفه (14125).
(3) في ترجمة الباب من الموطأ: 2/ 170 رواية يحيى.
(4) في ترجمة الباب من الموطأ: 1/ 145 رواية يحيى.
(5) هذا التأويل فيه نظر.
(6) التوبة: 46.

الفقه في مسائل:

الأولى[1]:

قال مالكٌ من بين مَشْيَخَةِ الأمصار من علمائنا(١): ما كان من شَرِكَةٍ أو إقالةٍ أو تَوْلِيَةٍ، فإنّه مُسْتَثْنَى من بيعِ الطّعامِ قبلَ قبضِهِ[2]، وإن كان ذلكَ بيعًا حقيقةً.

الثّانية[3]:

وأمّا الأعيانُ الأربعةُ المذكورةُ في حديثِ عُبَادَةَ وغيرِه، قال رسولُ الله ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ، وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ، وَلاَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلاَ الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ، إلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بِعَيْنٍ، يَدًا بِيَدٍ»[4] فَنَصَّ على هذه الأربعةِ دونَ غيرِهَا.

اخْتُلِفَ في ذلك على أربعةِ أقوالٍ:

1 - فرَوَى ابنُ الماجِشُون *أنّه قال: العِلَّةُ في هذه الأعيانِ الماليّةُ، وأجرى الرِّبَا في كلِّ مالٍ.

2 - وقال أبو حنيفةَ*(٢): العِلّةُ فيها الكَيْلُ، وأجْرَى الرِّبَا(٣) في كلِّ مَكِيلٍ[5].

3 - وقال الشّافعيّ: العِلَّةُ الطّعْمُ[6].

4 - واضطربَ الأصحابُ في غَرَضِ مالك فيها:

فأمّا الّذي استقرَّ عليه الاستقراءُ منها أنّ العلَّةَ القُوتُ؛ لأنّ الله تعالى لو أراد الماليّةَ كما قال ابن المَاجِشُون لَمَا ذَكَرَ منها إلاّ(٤) واحدًا، وكذلك الكَيْلُ، ولو أراده(٥) لاكتَفى

---

(١) في الأصل: «وعلمائنا» والمثبت من القبس.

(٢) ما بين النّجمتين ساقط من الأصل، واستدركناها من القبس.

(٣) في الأصل: «إنّ العلة في ذلك الكيل والرّبا في كل مكيل» والمثبت من القبس.

(٤) في الأصل: «. . .الماجشون لكان ذلك» والمثبت من القبس.

(٥) في الأصل: «ولو ذكره» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 829.

(2) انظر التلقين: 114.

(3) ما عدا الفقرة الأخيرة انظره في القبس: 2/ 830 - 831.

(4) سبق تخريجه صفحة: 17 من هذا الجزء هامش رقم: 4.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 75. وانظر عرض الماوردي لرأي أبي حنيفة في الحاوي: 5/ 85 - 86.

(6) انظر الحاوي الكبير: 5/ 86.

منها بواحدةٍ؛ لأنّ جهةَ الكَيْلِ واحدةٌ فيها، وإنّما بَقِيَ الإشكالُ بين الطُّعْمِ والقُوتِ؛ لأنّه هو المقصودُ منها، وهي أصولُ الأقواتِ، فَذَكَرَ اللهُ البُرَّ تنبيهًا على ما يُقْتَاتُ في الاختيارِ والرّفاهيةِ، وذَكَرَ الشّعيرَ تنبيهًا على ما يُقْتَاتُ في(١) حال الضّرورةِ والمَخْمَصَةِ، وذَكَرَ التّمْرَ تنبيهًا على ما يُقْتَاتُ تَحَلِّيًا وتَفَكُّهًا؛ كالعَسَلِ والزّبيبِ ونحوِهِ، وذَكَرَ الملحَ تنبيهًا على ما يُقْتَاتُ لإصلاح الأَطعمةِ، والله أعلمُ.

قال الإمام: هذه الأعيانُ الأربعةُ المذكورةُ في حديث عُبَادَة بن الصّامِت، هو حديث من أصولِ الشّريعةِ، انفردَ به عُبَادَة بن الصّامِت، ووقع في «**صحيح البخاري**»[1] واللّفظُ لَهُ، قال رسولُ الله ﷺ: «الْبُرُّ بِالْبُرِّ رِبًا، إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا، إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا، إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، عَيْنًا بِعَيْنٍ».

أما قوله: «عَيْنًا بِعَيْنٍ» يريد مُدًّا بِمُدٍّ، لا يكون غائبًا بحاضرٍ، والمعنى هو النّقدان. وقال الخطّابي: ما دام غير مسكوك فهو تبر، فإذا ضرب فهو عين[2].

باب
السُّلفَةِ في الطّعام

قال الإمام[3]: السَّلَفُ في لسان العرب اسمٌ ينطلقُ على القَرْضِ وعلى السَّلَمِ[4].
قال ابنُ عبّاسٍ في الصّحيح: قَدِمَ رَسُولُ اللّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ وهم يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ وَالثَّلاَثَ، فَقَالَ: «مَنْ سَلَّفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[5].

---

(١) في الأصل: «من» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل: «وكذلك» والمثبت من القبس.

....

(1) الحديث (2134) عن عمر بن الخطاب.
(2) قاله بنحوه في غريب الحديث: 1/ 247.
(3) انظر هذه الفقرة في القبس: 2/ 831 - 832.
(4) انظر مشارق الأنوار للقاضي عياض: 2/ 219، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 193.
(5) أخرجه البخاري (2240)، ومسلم (1604).

الفقه في مسائل:

الأولى[1]:

هذا أمرٌ اتّفقتِ الأمّةُ على جوازه.

فأمّا «سَلَفُ القُرُوضِ»[١] فمعروفٌ ومُكَارَمَةٌ، وله ثوابُه[٢].

وأمّا «سَلَفُ السَّلَمِ» فمُرابحةٌ ومُكَايَسَةٌ[٣]، على ما يأتي بيانُه إن شاء الله.

الثّانية[2]:

قولُه[3]: «لاَ بَأْسَ أَنْ يُسْلِفَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ[٤] فِي الطَّعَامِ الْمَوْصُوفِ» يقتضي أن يكون سَلَفًا موصوفًا[4]؛ لأنّ السُّلْفَةَ بمعنَى القَرْض وبمعنى السَّلَم. فأمّا «الْقَرْضُ» فلا يحتاج إلى وصْفٍ؛ لأنّه لا يجوزُ أن يشترط إلاّ مثل ما أعطى، فلا يصحُّ أن يريدَ بِهِ[٥] القَرْض.

وأمّا «السَّلَمُ» فلابدّ أن يكون موصوفًا؛ لأنّه لا يُعْرَفُ إلاّ بالوصْفِ؛ لأنّه لا يجوزُ أن يكونَ مُعَيَّنًا، وإنّما يكون متعلِّقًا بالذِّمَّةِ، وهذا لا خلافَ فيه.

وللسَّلَمِ سِتَّة شروطٍ، متى انْخَرَمَ منها شرطٌ لم يصِحّ[5]، ونحن نُفْرِدُ لكلِّ شرطٍ بابًا.

الأوّلُ: أن يكوَن متعلِّقًا بالذِّمّة.

الثّاني: أن يكونَ موصوفًا.

الثّالثُ: أن يكونَ مُقدَّرًا.

---

(١) في الأصل: «العروض» وهو تصحيف، ولعل الصّواب ما أثبتناه.

(٢) في الأصل: «أثوابه» وهو تصحيف، والمثبت من القبس. وفي (ط. هجر) 16/ 575 «أبوابه».

(٣) في الأصل: «ومكايلة» والمثبت من القبس.

(٤) «الرجل الرجل» زيادة من الموطّأ.

(٥) «به» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 832.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 292 - 293 مع تصرُّفٍ يسيرٍ.

(3) أي قول ابن عمر في الموطأ (1875) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2571)، وسويد (244)، وابن بكير عند البيهقي: 6/ 19.

(4) في المنتقى: «يقتضي أن يكون المسلم فيه موصوفًا».

(5) قوله: «متى انخرم منها شيءٌ لم يصحّ» هي من إضافات ابن العربي، وانظر المعونة: 2/ 983.

الرّابعُ: أن يكونَ مؤجّلاً.

الخامسُ: أن يكونَ موجودًا عند الأَجَل.

السّادسُ: أن يكونَ الثّمن نَقْدًا.

فأمّا «الأوّلُ» فقد تقدّمَ الكلامُ فيه.

وأمّا «الثّاني» فكونُه موصوفًا، فإنّه ممّا لا يختلفُ فيه في الجملةِ، وذلك يكون على وجهينِ:

أحدهما: أنْ يُريَهُ مثل ما سلم إليه[١] فيه، فيقولَ له: أسلم إليك في مثل هذا، فهذا اختلفَ أصحابُنَا فيه، فَرَوَى محمد عن ابنِ القاسم[1] فيمن أسلم في زيت، أَيَأْخذُهُ من[٢] غيره، ويطبع عليه حتّى يأخذ من صفته؟ قال: لا يصلح[٣]. قال أَصْبَغُ[٤]: إذا كان مضمونًا، لم يصلح ذلك فيه[٥]، وإن كان بعينه غائبًا، فجائزٌ، ما لم يشترط خلف مثله.

والثّاني: أنْ يصفَهُ بصفات يَخْتلفُ ثمنُه باختلافِهَا، وليس عليه أن يصفَهُ بجميعِ صفاتِهِ[2]. ولا خلافَ أن ما لم يُضبَط بصفةٍ فلا[٦] يجوزُ السَّلَم فيه، وإنّما يختلفُ فيما يُضبط بِالصِّفَةِ، فمِن ذلك الحيوان، يجوزُ عند مالك أن يقرض ويسلم فيه، وبه قال الشّافعيّ[3].

وقال أبو حنيفة[4]: لا يثبت في الذِّمّة قرضًا ولا سَلَمًا.

ولنا في ذلك ثلاثة طرقٍ:

---

(١) «إليه» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى.

(٢) في الأصل: «ليأخذ من» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «لا يصحّ» والمثبت من المنتقى.

(٤) «قال أَصْبَغُ» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى ليستقيم الكلام.

(٥) «لم يصلح ذلك فيه» ساقطة من الأصل، واستدركناها من المنتقى ليستقيم الكلام.

(٦) في المنتقى: «فإنّه».

....

(1) وأصبغ كذلك، كما نصّ على ذلك الباجي.

(2) لأنّ ذلك لا يؤثّرُ في ثمنه ولا يوجب رغبةً فيه.

(3) في الأم: 6/ 375 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 5/ 399.

(4) انظر كتاب الأصل: 5/ 5، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 12.

أحدُها: أن يدلَّ على عين السَّلَم.

الثّاني: أن يدلَّ على الحيوان يُضبَط بالصِّفَةِ.

الثالثُ: أن يدلَّ على أنّه يثبت في الذِّمّة.

فالدّليلُ على القَرْضِ[1] حديث أبي رافِع[2] الّذي بعدَ هذا[3].

والدّليلُ على أنّه يُضبَط بالصِّفَةِ: ما رُوِيَ عن ابنِ مسعود، قال النّبيّ عليه السّلام: «لاَ تُبَاشِرِ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَتَنْعَتُهَا لِزَوْجِهَا كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا»[4].

ودليلُنا[5] أنّه يثبت في الذِّمّةِ: أنّ الحيوان معنىً يكون بَدَلاً عن سَلَفٍ، فوجبَ أن يثبتَ في الذِّمّة كالطّعام، فإنّه ليس من حُكْمِهِ أن يقول فارهًا، وإنّما يصفه على حَسَبِ ما ذكرنا، فإذا أتاه بتلك الصِّفَة، لزمه أخذه، قالَهُ ابنُ القاسِم في «المُدَوَّنَة»[6].

الرّابعة[7]:

ويجوزُ السَّلَمُ في اللّحمِ، وبه قال الشّافعيُّ[8]، ومنع ذلك أبو حنيفةَ[9].

والأصلُ في ذلك: أنّه يضبطه بالصِّفة[١]، وذلك بأن يصفَهُ أو يُوصَف له بأنّه لحم ضَأْن ويوصف بالسّمن، وغير[٢] ذلك من أوصافه المختصّة، وبه قال[٣] ابنُ القاسم[10].

---

(١) في الأصل: «الصّفة» والمثبت من المنتقى.

(٢) في الأصل: «وغيره» والمثبت من المنتقى.

(٣) «به قال» مطموسة في الأصل، وأثبتناها من المنتقى. كما زدنا واو العطف.

....

(1) أي على جواز القرض.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (1986) رواية يحيى.

(3) انظر صفحة: 165 من هذا الجزء هامش رقم: 2.

(4) أخرجه البخاري (5240) من حديث عبد الله بن مسعود.

(5) هذا الدّليل مترتّب على دليل قبلَهُ، يحتمل أن يكون المؤلّف قد أهمله قصد الاختصار، ويحتمل أيضًا أن يكون سبق نظر من الناسخ، والدليل هو كما في المنتقى: «ودليلُنا من جهة القياس: أنّ كلّ ما صحّ أن يثبت في الذّمّة فإنّه يصحّ أن يضبط بالصِّفة كالثّياب».

(6) 3/ 155 في السّلف في الثياب.

(7) كذا بالأصل، أهمل المؤلّف أو الناسخ ذكر المسألة الثّالثة، والمسألة الرّابعة مقتبسة من المنتقى: 4/ 293.

(8) في الأم: 6/ 342 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 5/ 404.

(9) انظر الأصل: 5/ 7، واختصار اختلاف العلماء: 3/ 11، والمبسوط: 12/ 137.

(10) في المدونة: 3/ 125 في التسليف في الرؤوس والأكارع.

الخامسة[1]:

ويجوز السَّلَم في الزُّمُرُّدِ والفُصوصِ[2]، خلافًا للشّافعيّ[3].

ودليلُنا: أنّه ممّا يُدْرَك بالصِّفة، فيوصف لونُه وصفاؤه وصفتُه، من طُولٍ، أو تَدَحْرُجٍ، على تفصيلٍ طويلٍ.

السّادسة[4]:

والسَّلَمُ في الأكارع والرُّؤوس جائزٌ[5]، خلافًا للشّافعيّ[6] وأبي حنيفة[7].

ودليلُنا: ما قدّمناه في مسألة اللّحم، ويحتاج من الصِّفات(١) إلى ما يحتاج إليه اللّحم، ويذكر مع ذلك كبارًا أو صغارًا أو متوسِّطة إذا سلم فيها عدداً.

السّابعة[8]:

ويجوزُ السَّلَمُ في الدّنانير والدّراهم[9]، خلافًا لأبي حنيفة[10].

ودليلُنا: أنّ كلّ ما ثَبَتَ في الذّمّة ثَمَنًا، فإنّه يثبتُ فيه سَلَمًا، كالثّياب والطّعام.

الثّامنة[11]:

وأمّا السَّلَم في اللّبن والرّطبِ، فهي مسألة مَدَنِيَّةٌ، اجتمعَ عليها أهلُ المدينةِ، وهي مبنيّةٌ على قاعدةِ المصلحةِ؛ لأن المرءَ يحتاجُ إلى أخذِ اللّبنِ والرّطب مُيَاوَمَة، ويشُقُّ أن

---

(١) في الأصل: «الصفة» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 294.

(2) إذا اشترط من ذلك شيئًا معروفًا بصفة معلومة، انظر المدونة: 3/ 126، والجامع لابن يونس: 77.

(3) في الأم: 6/ 363 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 5/ 406.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 294.

(5) نصّ عليه في المدونة: 3/ 125 في التّسليف في الرّؤوس والأكارع.

(6) الّذي في المنتقى خلافًا لأحد قولي الشّافعيّ، وانظر الأم: 6/ 349 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 6/ 406.

(7) انظر كتاب الأصل: 5/ 10، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 11.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 294.

(9) نصّ عليه في المدونة: 3/ 128 في تسليف الفلوس في الطعام والنحاس والفلوس والفضّة. وانظر المعونة: 2/ 986.

(10) انظر كتاب الأصل: 5/ 56.

(11) انظرها في القبس: 2/ 832.

يأخُذَ كلّ يومٍ ابتداءً؛ لأنّ النّقد قد لا يحضُره، وصاحبُ النّخلِ واللّبنِ يحتاجٌ إلى النَّقْدِ؛ لأنّ الّذي عنده عُروضٌ لا يَتصرّفُ له. فلمّا اشتركا في الحاجةِ رُخّص لهما في هذه المعاملةِ قياسًا على العَرَايَا.

التّاسعة[1]:

وأما السَّلَمُ الثّالثُ، وهو أن يكون السَّلَمُ مقدَّرًا، فهذا ممّا لا يَصِحُ السَّلَمُ دونه؛ لأن السَّلَمَ فيه يتعلّقُ بالذِّمّةِ، وما يتعلّقُ بالذِّمّة يستحيلُ أن يكونَ جُزَافًا؛ لأنّه لا يتبيّنُ(١) في الذِّمّة من غيره إلاّ بالتّقدير، وليس كذلك المشاهدةُ؛ لأنّه يتبيّن(١) من غيره بالإشارة له والتّعينِ له[2].

العاشرة[3]:

وهو أن يكون مؤجّلاً، فإنّ الظّاهرَ من مذهبِ مالكٍ[4] أنّ السَّلَمَ لا يجوزُ إلاّ في مُؤَجّلٍ، وبه قال أبو حنيفةَ[5].

ورَوَى(٢) ابنُ عبد(٣) الحَكَم[6] وابنُ وهب: يجوز إلى يومين، ورُوِيَ ذلك عن مالك[7](٤). وقال عبدُ الوهّاب[8]: اختلفَ أصحابُنا في تخريج ذلك على المذهب، فمنهم من قال: إنّ ذلك رواية في جواز السَّلَم الحالّ، وبه قال الشّافعيّ[9]، ومنهم من قال: إنّ الأَجَلَ شرطٌ في السَّلَم، وإنّما تختلفُ الرّوايةُ في مقداره.

---

(١) في المنتقى: «يتميّز».

(٢) «وروى» زيادة من المنتقى.

(٣) «عبد» زيادة من المنتقى.

(٤) في المنتقى: «وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك: يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 4/ 296.

(2) انظر المعونة: 2/ 987.

(3) الفقرة الأولى إلى قوله: «كعدم المعيّن» مقتبسة من المنتقى: 4/ 297، وانظر الفقرة الأخيرة في القبس: 2/ 834.

(4) انظر المعونة: 2/ 988.

(5) انظر كتاب الأصل: 5/ 2، ومختصر الطحاوي: 86، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 6.

(6) الذي في الجامع لابن يونس: 112 «وقال ابن عبد الحكم في اليوم أنّه جائز».

(7) قال ابن المواز: رواه ابن وهب عن ملك، نصّ على ذلك ابن يونس في جامعه: 112.

(8) لم نجد قول عبد الوهاب في الموجود من كتبه المطبوعة، وانظر نحوه في المعونة: 2/ 988.

(9) انظر الحاوي الكبير: 5/ 395.

والدّليلُ على اعتبارِ(١) الأجَلِ: أنّ ما اختصّ بالسَّلَم فإنّه شرطٌ في صحّته كعدمِ المعيَّنِ(٢).

وانفردَ مالكٌ عن جميع العلماءِ في مسألة الأَجَلِ في السَّلَم، فقال: يجوزُ أن يُسْلِمَ الرّجلُ إليه في بَلَدٍ في طعام في بَلَدٍ آخرَ، يُعْطِيهِ إيَّاهُ في بَلَدٍ آخَرَ(٣) يُسمِّيهِ ولا يَذكُرُ الأجَلَ، وتكونُ مسافةُ ما(٤) بين البلدين أجلاً[1]، وهي مسألةٌ ضعيفةٌ؛ لأنّه أجلٌ مجهولٌ، وهي مسألة ضعيفةٌ جدًّا.

باب الحُكْرَةِ وَالتَّرَبُّصِ[2]

قال الإمامُ: ذكر مالكٌ[3] ـ رحمه الله ـ اللّفظتينِ جميعًا؛ لأنّ حُكْمَهُمَا يَختلِفُ.

أمّا «الاحتكارُ» فهو ضَمُّ الطّعام وجمعُه.

وأمّا «التَّرَبُّصُ» فهو انتظارُ الغَلاءِ به.

قال الإمام: ذكر مالك في الباب[4] قوله: «لاَ حُكْرَةَ فِي سُوقِنَا» وفي الباب حديثٌ حسنٌ خرّجه التّرمذيّ[5]، قال: «لاَ يَحْتَكِرُ إِلاَّ خَاطِىءٌ» وليس في هذا الباب ما يقالُ(٥) في أحاديث الحُكْرَةِ غير هذا.

---

(١) في الأصل: «اختيار» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «التّعيين».

(٣) «في بلد آخر» زيادة من القبس: 16/ 615 (ط. هجر).

(٤) «ما» زيادة من القبس.

(٥) في الأصل: «يقول» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.

....

(1) انظر نحو هذه المسألة في المدونة: 3/ 121.

(2) انظر فصل ما جاء في الحكرة وما يجوز فيها، من كتاب النظر والأحكام في جميع أحوال السُّوق: 113 ـ 117.

(3) في ترجمة الباب من الموطأ: 2/ 179.

(4) الأثر (1898) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2598).

(5) في جامعه الكبير: الحديث (1267) من حديث مَعْمَر بن عبد الله بن نَضْلَة، وقال الترمذي: «وحديث معمر حديث حسن صحيح».

قوله[1]: «لا يَحْتَكِرُ إلاَّ خَاطِىءٌ» لفظةٌ مشكلةٌ، اختلِفَ فيها وفي ورودها في اللِّسان العربيّ، فيقال: «خاطىء» على الإطلاق، إذا عمل ما لا يجوزُ، يقالُ: خَطِىءَ في دينه يَخْطَأ[١] إذا أَثِمَ، ومنه قولُه تعالى: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾[2] ويقال: أخطأ، إذا سلكَ سبيلَ الخطإِ، عامدًا وغير عامدٍ. وقد يكونُ الخطأُ بمعنَى الإثم، قال الله العظيم: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا﴾[3] وقال أيضًا: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ الآية[4]، وإذا اشتركَ ورودهما لم تفصّلهما[٢] إلاّ القرائن، فقوله: «لاَ يَحْتَكِرُ إلاَّ خَاطِىءٌ» يعني: آثِمٌ[٣].

الفقه في مسائل:

الأولى[5]:

فنقول: الأموالُ على قسمين: مطعومٌ، وغير مطعومٍ.

والمطعومُ على قسمين: قُوتٌ، وغيرُ قُوتٍ.

والقُوتُ على قسمين: بُرٌّ وشعيرٌ، وما عداهما.

أمّا الاحتكارُ والتّربُّصُ في الأموال غيرِ المطعوماتِ، فلا خلافَ فيه. وأمّا في المطعوماتِ، فهو الّذي يُكْرَهُ جَمْعُه[٤] في حالٍ دون حالٍ. ويَحْرُمُ التّربُّصُ لانتظار الغَلاء به، إذا لم يكن رَفْعُ السُّوقِ وخَفضُه الّذي جرت العادةُ به[٥]، والمعوَّلُ في ذلك على النِّيَّةِ، فإن تعلّقت بضَرَرِ أَحَدٍ حَرُمَ ذلك القصدُ.

---

(١) في العارضة: «خطئًا».

(٢) في العارضة: «لم تفسرها».

(٣) في الأصل: «آثمًا».

(٤) في الأصل: «جميعه» والمثبت من القبس.

(٥) في الأصل: «الذي أحدث الغلاء به» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر هذه الفقرة في العارضة: 6/ 22.

(2) الإسراء: 31.

(3) النساء: 92.

(4) البقرة: 286.

(5) انظرها في القبس: 2/ 836 ـ 837.

ولا يخلو أن يكونَ المحتَكِرُ للطّعام من مالِ نَفْسِهِ، أو من كَسْب يَدِهِ، أو ممّا اشتراهُ في السُّوق، فإن كان من مال نفسه وكَسْبِ يده، فالحُكْرَةُ جائزةٌ بلا خلافٍ، وإن انتظرَ به رَفْعَ السُّوقِ وخفضَها، وتربَّصَ لأجل ذلك، فهو جائزٌ أيضًا بغيرِ خلافٍ. وإنِ انتظرَ به غلاءً متفاوتًا لنازلةٍ تحدُثُ من قَحْطٍ أو عَدُوٍّ ونحوه، فالحُكْرَةُ جائزةٌ والتَّربُّصُ حرامٌ، فلمّا تنافرتِ(١) الحُكْرَةُ والتَّربُّصُ لفظًا ومعنىً وحُكْمًا جعلهما مالك لفظتين.

وأمّا إن كان يحتكرُ بشراءٍ من السُّوق، فذلك جائزٌ أيضًا بثلاثة شروطٍ:

الأوّل: سلامةُ النيّة كما تقدّم.

الثّاني: ألاّ يضُرَّ النّاسَ بالشّراءِ فيرتفعَ السّعرُ بكثرةِ الطّالبِ.

الثّالث: ألاّ يكونَ من أصولِ المعاشِ والحياةِ، كالدُّهْنِ والخلِّ ونحوه.

أمّا إنّه قد تكون الحُكْرَةُ مستحسنةً(٢)، وذلك بأن يَكثُرَ الواردُ على الموضع بالأقواتِ وعند بعض النّاس نُقُودٌ، فإن لم يَشتَرُوا من الجالبِ رَدَّ ما جَلَبَ، فالشّراءُ حينئذٍ جائزٌ، والحُكرةُ حسنةٌ.

فَصْلٌ(1)

فإذا احتكَرَ ونزلت نازلةٌ بالنّاس، فاحتبسَ عن البيع إلاّ ما يريدُ، فهي مسألةُ التّسعيرِ، وبيانُها أنّه صحّ عن النّبيِّ عليه السّلام أنّ نَفَرًا من الصّحابة سَألُوهُ التّسْعيرَ في السُّوق، فقال: «إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ، وَإِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللهَ وَلاَ يَطْلُبَنِي أَحَدٌ بِمَظْلَمَةٍ عِنْدَهُ»(2) ويُحملُ الحديثُ على وجهين:

أحدُهما: إذا لم يَكُنِ الزّائدُ متفاوِتًا.

الثّاني: إذا لم يكن في ذلك *ضَرَرٌ بأن يَتَرَقّى منه إلى غيره*(٣).

فإن خرجَ عن هذين الوجهين لم يَجُزِ التّسعيرُ أيضًا، ولكن يقالُ للّذي يتولّى

---

(١) في القبس: «تغايرت».

(٢) في القبس: «مستحبّة».

(٣) ما بين النّجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من القبس.

....

(1) انظره في القبس: 2/ 837 - 838.

(2) أخرجه أحمد: 3/ 356، 286، وأبو داود (3451م)، وابن ماجه (2200)، والترمذي (1314) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، وابن حبان (4935) من حديث أنس.

الزّيادة: اخْرُجْ عن سوقنا[1]، كما فعلَ عمرُ بنُ الخطّاب بحاطِب بنِ أبي بَلْتَعَةَ[2]، هذا إذا كان من أهل السُّوقِ. فأمّا إذا كان الجالبُ للمَبِيعِ من غير أهل البلد، فذلك الّذي يبيعُ كيف شاء لا يُمْنَعُ منه، ولا يُحْجَرُ عليه، كما قال عمرُ: «أَيُّمَا جَالِبٍ جَلَبَ عَلَى عَمُودِ كَبِدِهِ» الحديث[3] وهذا مبنيٌّ على قاعدة المصلحة، فإن الجالبَ لو قيلَ له كما يقالُ للرجل من أهل السُّوق: إما أن تبيع بِسِعْرِنَا، وإمّا أن تقومَ عن سُوقنا، لانْقَطَع الجَلْبُ واستضرَّ النّاسُ، وعلى هذا انبنت[١] مسألة التّعشيرِ[٢] في أنّ كلّ من جلَبَ من المعاهَدِين إلى بلاد الإسلام أُخِذَ منه العُشرُ، إلاّ أن يجلِبَ إلى مكّةَ، فإنّه يؤخَذُ منه نصفُ العُشرِ مصلحةً، سَبَبُهَا التّحريضُ والتحضيضُ[٣] على جَلْبَ الأقواتِ إليها، وفائدتُه كَثرتُه. ولمّا لَحَظَ ابنُ حبيبٍ من أصحابنا هذه المصلحةَ وفَهِمَ المقصودَ فيها قال[٤]: إنّ الجالِبَ للطّعام لا يمكنُ من أن يبيعَ إلاّ بسعرِ النّاس، ما خلا القمحَ والشّعيرَ، فإنّه يكون فيه بحُكمِ نفسه للحاجةِ إليه ولتّمامِ المصلحةِ بهما[٥].

فصل[4]

قال الإمام: وللحُكْرةِ محلٌّ وزمانٌ، واختُلِفَ في ذلك:

---

(١) في الأصل: «أنت» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل والقبس: «التسعير» وهو تصحيف، ولعل الصواب الذي يناسب السّياق ما أثبتناه.
(٣) «سببها التّحريض والتّحضيض» ساقطة من الأصل، واستدركناها من القبس.
(٤) في الأصل: «فقال» والمثبت من القبس.
(٥) في الأصل: «فيها» والمثبت من القبس.

....

(1) يقول يحيى بن عمر في كتابه «النظر والأحكام في جميع أحوال السّوق»: 44 «حدّثني من سمّيتُ لك من مشايخي [وهم سحنون بن سعيد، والحارث بن مسكين، وأبو طاهر أحمد بن عمر] عن ابن وهب، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: لا يُسعّر على أحد من أهل السّوق، فإنّ ذلك ظلمٌ، ولكن إنْ كان في السّوق عشرة أصوع، فحطّ هذا صاعًا، يُخْرَجُ من السّوق. قال يحيى بن عمر: هذا الذي آخذ به وأختاره لنفسي: لا يُسعّر على أحد، وكل من حطّ من السّعر الذي في السوق يخرج».
(2) أخرجه مالك في الموطأ (1899) رواية يحيى.
(3) أخرجه مالك في الموطأ (1898) رواية يحيى.
(4) انظر النّصف الأوّل من هذا الفصل في العارضة: 6/ 22 ـ 23، وابتداء من قوله: «لا حُكرة في سوقنا يريد المنع...» إلى آخر الفصل مقتبس من المنتقى: 5/ 15 ـ 16.

فأما «المحلّ»[1] فقال مالكٌ[1] والثوريُّ: الاحتكارُ في كلِّ شيءٍ إلاّ الفواكه.

وقال ابنُ حنبل: الاحتكارُ في الطّعام وحدَهُ في مكّة والمدينة والثّغور، لا في الأمصار[2].

وقال قومٌ: ليست الحُكْرَةُ إلاّ في القُوت لا في الإدام، ولأجل ذلك كان سعيد بن المسيِّب يحتكر الزَّيْت[3].

وأما «زمان الاحتكار» فاختلف فيه أيضًا، فقيل: إنّه في كلِّ وقت.

وقيل: إنّما ذلك عند مَسِيس[2] الحاجة إليه، والّذي يربطُ[3] لكم فيه العَقْد؛ أنّ النّبيّ عليه السّلام قال: «لاَ يَحْتَكِرُ إلاَّ خَاطِيءٌ»[4] فينبني على هذا الحديث، أو على قوله: «لاَ ضِرَارَ»[5] أو على إجماع الأُمّةِ على هذه المناهي، من القَصْدِ إلى ما يضرُّ بالنّاس على الخصوصِ والعمومِ لا يجوز، وكذلك فعلُ ما يضرُّ بهم، فنقول: إذا كان المحتكرُ يقبضُ اليدَ عن الشّراء من مال نَفْسِهِ وكَسْبِ يده، فلا حَرجَ عليه في احتكارِه لذلك، فإن خافَ على نفسه وعلى النّاس، وتأهّبَ لذلك، لم يكن آثمًا، وإنّما إذا كان المحتكرُ يشتري من السّوق، فذلك جائزٌ بثلاثةِ شروطٍ كما قدّمنا:

الأوّل: سلامة النّيّة.

الثّاني: ألاّ يضرّ بالنّاس في السُّوق فيرفع[4] في سوقهم لكثرة الطّلب[5].

---

(١) «فأمّا المحلّ» ساقطة من الأصل، واستدركناها من العارضة.

(٢) في الأصل: «سنين» والمثبت من العارضة.

(٣) في العارضة: «يضبط» وهي سديدة.

(٤) في الأصل: «أو يرفع» والمثبت من العارضة.

(٥) في الأصل: «طلبه» والمثبت من العارضة.

....

(1) الذي في المدونة: 3/ 290 في ما جاء في الحكرة، قول مالك: «الحكرة في كل شيء في السّوق من الطعام والكتّان والزيت وجميع الأشياء، والصوف وكلّ ما أضرّ بالسوق»، وانظر المعونة: 2/ 1035.

(2) انظر الشرح الكبير لابن قدامة: 11/ 200.

(3) أخرجه عبد الرزاق (14886)، وابن أبي شيبة (22076).

(4) سبق تخريجه صفحة: 123 من هذا الجزء.

(5) أخرجه مالك (2171) رواية يحيى.

الثّالث: ألاّ يكون من أصول[(١)] المعاش والطّعام والدّهن، ففيه الخلاف على ما قد بيّنّاهُ.

هنا موضع التّركيب للفروع فنقول:

قولُه[(1)]: «لاَ حُكْرَةَ فِي سُوقِنَا» يريدُ المنع في سوق المدينة؛ لأنّ غالب أحوالها غلاء الأسعار، ولذلك يمنع الادّخار لما فيه من التّضييق على النّاس.

هنا تركيب جملة مسائل:

أحدها: في بيان معنَى الاحتكار[(٢)] وحُكْمِهِ.

الثّاني: في بيانِ معنى الوقت الّذي يمنع فيه الادّخار.

الثّالث: في بيان ما يتعلّق به في[(٣)] المنع.

الرّابعة: في بيان من يَمْنَعُ من الاحتكار.

فنبني[(٤)] الكلام على هذا فنقول:

الاحتكار هو الادّخار للمَبِيع، وطلب الرّبح بتقلُّب الأسواق[(٥)]، فأمّا الادّخار للقُوت[(٦)] فليس من باب الاحتكار.

فإذاً ثبت ذلك، فإنّ احتكارَ الأقواتِ وغيرَها ليس بممنوع، ورَوَى محمّد عن مالك أنه سُئِلَ عن التَّرَبُّصِ بالطّعام رَجَاءَ الغلاء؟ قال: ما علمتُ فيه نهيًا. قيل له: فمن يبتاعه فيحبّ غلاَءَهُ ؟ قال: ما من أحدٍ يبتاعُه إلاّ وهو يحبّ غلاءَهُ.

ويتعلّقُ المنعُ بمن يشتري في وقت الغلاءِ أكثر من مقدار قُوتِهِ[(٧)]، وذلك ضربان:

---

(١) في الأصل: «أموال» والمثبت من العارضة.
(٢) في الأصل: «الادخار» والمثبت من المنتقى.
(٣) «في» زيادة من المنتقى.
(٤) في الأصل: «فينبني» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.
(٥) «بتقلّب الأسواق» زيادة من المنتقى.
(٦) في الأصل: «والقوت» والمثبت من المنتقى.
(٧) في الأصل: «من القوت» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أي قول عمر في الموطأ (1898) رواية يحيى.

١ ـ **أحدُهما:** أن يكون من أهل ذلك الموضع أو غيره. فإن كان من أهل ذلك الموضع، فحُكْمُه ما ذكرنا.

٢ ـ وإن كان من غيره، فينظر على أيّ وجهٍ يشتريه، إن كان للادِّخار أو للمعاش كلّ يوم[1].

---

(1) لا ندري إن كان المؤلِّف قد اختصر الكلام هنا فَعَدَل عن ذكر باقي المسائل التي أشار إليها، أم أنه سَقَطَ طرأ على النّسخة فبتر الكلام بترًا مشينًا، ورأينا من المستحسن نقل كلام الباجي كما هو في المنتقى: 5/ 16 مختصرًا: «[المسألة الثانية] في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادِّخار.
إن لذلك حالتين:
إحداهما: حال ضرورة وضيق، فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار، ولا خلاف نعلمه في ذلك.
والثانية: حال كثرة وسَعَةٍ، فهاهنا اختلف أصحابنا، فالذي رواه ابن القاسم عن مالك أنّه لا يمنع فيها من احتكار شيء من الأشياء. قال مالك: ومما يعيبه من مَضَى ويرونه ظلمًا منع التّجر إذا لم يكن مضرًا بالنّاس ولا بأسواقه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أنّ احتكار الطّعام يمنع في كلّ وقت، فأمّا غير الطّعام فلا يمنع احتكاره إلاّ في وقت الضّرورة دون وقت السَّعَةِ. . .
[المسألة الثالثة] وهو ما يمنع من احتكاره.
فالذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك [في المدونة: 3/ 290] أنّ الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضرّ ذلك بالناس. ووجه ذلك: أنّ هذا مما تدعو الحاجة إليه، لمصالح الناس، فوجب أن يمنع من إدخال المضرّة عليهم باحتكاره كالطّعام.
[المسألة الرابعة] في بيان ما يمنع من الاحتكار.
أمّا ما يمنع من الاحتكار، فإنّ النّاس في ذلك على ضربين:
ضربٌ صار إليه بزراعته، أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا من استدامة إمساكه ما شاء، كان ذلك ضرورة أو غيرها، روى ابن المواز عن مالك أنّه قال: يبيع هذا متى شاء، ويمسك إذا شاء بالمدينة وغيرها.
والضرب الثاني: من صار إليه الطعام بابتياع بالبلد، فإن المنع يتعلّق به في وقتين: أحدهما أن يبتاعه في وقت ضرورة. . . والثاني: أن يبتاعه في وقت سَعَةٍ وجواز الشِّراء، ثم تلحق الناس شدّة وضرورة إلى الطعام، ففي كتاب ابن المواز: قيل لمالك: فإذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون، أيُبَاعُ عليهم؟ قال: ما سمعته».

بَابُ
مَا يُجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ والسَّلَفِ فيه(١)

الفقه في مسائل:

الأولى[1]:

أمّا بيعُ الحيوان بعضُه ببعضٍ نَقْدًا، فلا كلامَ فيه، ولا تفريعَ(٢) عليه.

وأما بَيْعُهُ بنَسِيئةٍ، فإنّه جائزٌ عندنا، وبه قال الشّافعيُّ[2].

وقال أبو حنيفةَ وجماعةُ الكوفيِّين[3]: إنّ الحيوانَ لا يَثبُتُ في الذِّمّة؛ لأنّ الصِّفةَ لا تَحصُرُهُ، وقد تقدّمتِ المسألةُ.

وَبَنى مَالِك أصلَه في الرّدّ عليهم بقول عليٍّ - إمامُهُم والخليفةُ عليهم(٣) - وفِعْلِهِ؛ إِذْ بَاعَ جَمَلَهُ نَقْدًا بِعِشْرِينَ بَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ[4]، ومن الحديث الصّحيح ما خرّجه مسلم[5] وغيره[6]، عن أبي رافع، أنّه قال: «اسْتَسْلَفَ النَّبِيُّ جَمَلاً بَكْرًا فقضَى خِيَارًا رَبَاعِيًا» وغلطَ بعضُ النّاسِ من المتأخِّرين من علمائنا، فظنّ أنّ هذا الحديثَ في السَّلَفِ من باب المعروف، فلا يحتجُ به(٤) في السَّلَم الّذي هو من باب المُغابنةِ، والمسألةُ واحدةٌ،

---

(١) «والسلف فيه» زيادة من الموطأ والقبس.
(٢) وفي القبس: «تقريح».
(٣) في القبس: «فيهم».
(٤) في الأصل: «فيه» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 838 - 839.
(2) في الأم: 6/ 381 (ط. قتيبة).
(3) انظر: مختصر الطحاوي: 86، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 40.
(4) يقصد عليّ بن أبي طالب، في الأثر الذي أخرجه مالك في الموطأ (1901) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2602)، وسويد (248)، ومحمد بن الحسن (800)، وعبد الرزاق في المصنّف (14142)، والشافعي في المسند: 141، وابن بكير عند البيهقي: 6/ 22.
(5) الحديث (1600).
(6) كالإمام مالك في الموطأ (1986) رواية يحيى، والدارمي (2568)، والترمذي (1318) وغيرهم.

والخلافُ بيننا وبين أهل الكوفة في ذلك واحدٌ، ثم ركَّب[١] مالك ـ رحمه الله ـ على هذا الباب دُخولَ الرِّبا على الحيوان، كَبَيْعِ الجَمَلِ بالجمَلِ وزيادةِ الدّراهمِ نقدًا أو بنسيئةٍ[1]، وذلك إنّما[٢] هو من قاعدة الذّرائع.

الثّانية[2]:

قوله[3]: «لاَ بَأْسَ بِالْجَمَلِ بالْجَمَلِ مِثْلِهِ» إلى آخر كلامه، هو كما قال، إنّ ما يجوز التّفاضل فيه نقدًا من غير المقتاتِ والذّهبِ والفضّة ويحرمُ فيه التّفاضل نسيئا[٣]. فإنّ[٤] مَنْ باع بعضه ببعضٍ يَدًا بِيَدٍ، فلا يفسد ذلك ما كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس، نقدًا أو[٥] إلى أجلٍ، بعد أنْ يتعجّل الجنسان، فإنْ تأجّل ذلك، لم يَجُز بوجهٍ[4]، وهذا عقدُ الباب وضبطُه.

الثّالثة[5]:

قولُه[6]: «لاَ بَأْسَ بِالْبَعِيرِ النَّجِيبِ بِالْبَعِيرَيْنِ» يحتملُ أن يريدَ بالنّجيبِ جِنْسًا منها، ويحتملُ أن يريدَ الفَارِهَ القويَّ.

و «الْحَمُولَةُ» ما يحمل عليها دون ما يُراد للدَّرّ والنّسْل، وحَوَاشِيها أَدْوَنُها[٦]، وليس يُوصفُ المقدّمُ منها بأنّه من الحواشي، وهو أظهرُ في قولِ مالكٍ، فيجوزُ البعيرُ الفَارِهُ بالبعيرين، وإن كان المؤجّلُ والمعجّلُ من نوعٍ واحدٍ.

---

(١) في الأصل: «نكب» والمثبت من القبس. (٢) «إنّما» زيادة من القبس.
(٣) في المنتقى: «فيها».
(٤) في الأصل: «قال» والمثبت من المنتقى.
(٥) «أو» زيادة من المنتقى.
(٦) «أدونها» زيادة من المنتقى.

....

(1) الموطأ (1904) رواية يحيى.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 20.
(3) أي قول مالك في الموطأ (1904) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2605).
(4) ووجه ذلك: أنّه إذا لم يتأجّل شيءٌ من جنسهما فقد سَلِمَا من السَّلَفِ فلا بأس بالزِّيادة، وإذا تأجّل شيءٌ من جنس ما تعجّل فقد صار سَلَفًا وازداد أحدهما فيه ما أفسد السّلف.
(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 20.
(6) أي قول مالك في الموطأ (1905) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2606).

ولا يجوزُ[1] أن يريدَ به النّجيب من النّوع؛ لأنّ ذلك ليس في الأغلبِ ممّا يحملُ(١) عليه فيوصف(٢) بأنّه حَمُولَةٌ.

الرّابعة[2]:

قولُه[3]: «وَإِنْ أَشْبَهَ بَعْضُهَا»(٣) يريد في المنفعة المقصودة، سواء كانت من جنسٍ واحدٍ أو أجناس، فإنّه لا يجوزُ منها اثنانِ بواحدٍ.

الخامسة[4]:

قولُه[5]: «إِذَا انْتَقَدَ(٤) ثَمَنَهُ» يريد ألاّ يبيعه بدَيْنٍ؛ وذلك لأنّه لا يخلو أن يكون العرضُ والحيوانُ مؤجّلاً أو غير مؤجّلٍ، فإن كان مؤجّلاً، لم يَجُزْ بيعه بمؤجّلٍ ممّن هو عليه ولا من غيره؛ لأنّه يدخله في بيعه ممّن هو عليه(٥) فسخ دَيْن في دَيْنٍ، ويَدْخُلُهُ(٦) في بيعه من غيره الكالىء بالكالىء[6].

وهل يجوزُ *بيعُه معجّلاً ممن هو عليه؟ حُكْمُه في ذلك حُكْم سائر العروض، يجوز أن يبيعَهُ منه بما يجوزُ*(٧) أن يُسلم فيه رأس مال السّلم، ويسلم في المُسَلَّم فيه، ولا يجوزُ على(٨) غير ذلك.

---

(١) في المنتقى: «يغلب».

(٢) في الأصل: «... عليه، فهو صعب» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «بعضه» والمثبت من الموطأ.

(٤) في الموطأ: «انتقدت».

(٥) في الأصل: «... بيعه منه» والمثبت من المنتقى.

(٦) «ويدخله» زيادة من المنتقى.

(٧) ما بين النجمتين زيادة على نصّ المنتقى، وهي مضطربة.

(٨) «على» زيادة من المنتقى.

....

(1) في المنتقى: «قال القاضي أبو الوليد الباجي: ولا يجوز عندي...».

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 20 ـ 21.

(3) أي قول مالك في الموطأ (1905) رواية يحيى.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 21.

(5) أي قول مالك في الموطأ (1906) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2607).

(6) تتمة الكلام كما في المنتقى: «وكلاهما يمنع صحّة العقد».

بَابُ
مَا لاَ يَجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ

الفقه في مسائل:

الأولى[1]:

قوله[2]: «نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ» الحَبَلُ هو الحَمْلُ، والحَبَلَةُ هو الجنينُ، فكأنّه باعه إلى أنْ ينقضي حمل الجنين، فيحلّ البَيْع بانقضاءِ[١] حمله، وذلك على ضربين:

أحدُهما: أن يكونَ الأجلُ يتقدّرُ به.

والثّاني: أن يكون المبيعُ هو الجنينُ الثّاني.

فأمّا الأوّل فلا يجوزُ؛ لأنّ الأجل[٢] مقصود بالعَقْد، فيجبُ أن يكونَ معلومًا. والذي يدخل فيه الفساد أمران:

أحدُهما: الجهالةُ فيه[٣].

والثّاني: أن يكون بعيدًا يدخله الغَرَر لبُعْدِه.

فأمّا الأوّل، فعلى ما ذكرنا من البَيْع إلى أن تنتج النّاقة، أو إلى قدوم فلان، أو نزول المطر، ممّا يختلف اختلافًا متباينًا تختلف الأغراض باختلافه.

الثانية[3]:

فأمّا إن كان إلى أجلٍ بعيدٍ جدًّا، فقد رَوَى ابنُ القاسم عن مالك في «المُدَوَّنة»[4]

---

(١) في الأصل: «باقتضاء» والمثبت من المنتقى.

(٢) «الأجل» زيادة من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «به».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 21 ـ 22.

(2) أي قوله ﷺ في الموطأ (1908) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2609)، وسويد (249)، وابن القاسم (240)، ومحمد بن الحسن (777)، والقعنبي عند الجوهري (687)، والطبّاع، وابن مهدي عند أحمد: 1/ 56، 2/ 63، والتنيسي عند البخاري(2143)، وابن المبارك عند أبي نعيم في حلية الأولياء: 6/ 352.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 22.

(4) 3/ 262 في اشتراء سلعة إلى الأجل البعيد.

تجويز الشّراء إلى عشرين سنة، وهذا بعيدٌ جدًّا[1].

وقال ابنُ القاسم في «الموازية» إنه جوّز ذلك إلى عشر سنينَ، وَكَرِهَهُ[١] إلى عشرين، ثم قال: ولا أفسخه إلاّ إلى ستّين أو سبعين[٢].

الثالثة[2]:

قولُه[3]: «لاَ رِبًا فِي الْحَيَوَانِ» معناه: أنّه لا يثبتُ فيه تحريم التّفاضل يدًا بِيَدٍ على ما ثبت في المدّخر المُقْتَاتِ.

وقولُه[4]: «وَإِنَّمَا نُهِيَ مِنَ الْحَيَوَانِ عَنْ ثَلاَثَةٍ» لا خلاف بين الفقهاء في الحُكْم أنّه لا يجوز أن يُباعَ ما في البَطْن من الحيوان من جنينٍ، ولا «مَا فِي ظَهْرِ الْفَحْلِ»[5] بمعنى[٣] أنّه يحمِلُه البائع على ناقَتِه.

الرّابعة[6]:

قوله[7]: «لاَ يَشْتَرِي الْحَيَوَانَ الْغَائِبَ بِالنَّقْدِ قَرِيبًا وَلاَ بَعِيدًا» هذه رواية «**الموطّأ**»[8]، ورُوِيَ في «**المُدَوَّنَة**»[9] وغيرها؛ أنّه يجوز النَّقْدُ[٤] فيما قَرُبَ دُونَ مَا بَعُدَ[10].

---

(١) في الأصل: «أكرهه».
(٢) في المنتقى: «أو تسعين».
(٣) في الأصل: «يعني» والمثبت من المنتقى.
(٤) «النّقد» زيادة من المنتقى.

....

(1) قوله: «وهذا بعيد جدًّا» من إضافات ابن العربي على نصّ المنتقى.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 22.
(3) أي قول ابن المسيّب في الموطأ (1909) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2610)، وسويد (249)، ومحمد بن الحسن (776)، وابن بكير عند البيهقي: 5/ 341.
(4) في المصدر السابق.
(5) في الموطأ: «ما في ظهور الجمال».
(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 22.
(7) أي قول مالك في الموطأ (1910 رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2611).
(8) ووجه هذه الرّواية: أنّ الحيوان مَبِيعٌ غائب ينقل ويحول، فلا يجوز النّقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة.
(9) 3/ 258 في اشتراء الغائب.
(10) ووجه هذه الرّواية: أنّ ما قَرُبَ يقلّ فيه الغَرَر لقُرْبِ إمكان قبضه، وإن دخله نقصٌ عرف وقت نقصه، فكان ذلك كالحاضر؛ لأنّه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع، بل قد يجوز ذلك والمبيع غائب في دار البائع ومخزنه.

فإذا قلنا بالفرق بين القُرْبِ والبُعْدِ، فقد رَوَى محمّد عن مالك بجواز النّقد فيما[١] كان على البريد أو البريدين، ثمّ رجع فقال: على اليوم ونحوه. ويجوز على مسيرةِ اليوم، وبه قال أشهب وابن القاسم[1]. وَرَوى ابنُ القاسم عن مالك في الحيوان خاصّة البريد والبريدين[2]. وَرَوى ابنُ وهب عنه: لا[٢] ينقد في الطّعام يكون على نصف يوم حتّى يقرب جدًا.

الخامسة[3]:

والبيعُ بالرُّؤية المتقدّمة على وجهين:

أحدُهما: أن يقعَ على[٣] الإطلاق.

والثّاني: أن يشترط البائع *أن المبيع على الصِّفة الّتي كان عليها حين رآه المبتاع*[٤]، فذلك جائزٌ.

وفي صِحّة بيعِ البعيدِ الغَيْبَةِ شرطان:

أحدُهما: ألاّ يضرب لقبضه أجلاً، ورُوِيَ[4] عن ابنِ القاسم أنه إنْ ضربَ لذلك أجلاً لم يَجُزْ، زاد محمّدٌ: قريبًا ولا بعيدًا[5].

ووجه ذلك: أنّ أجلَ قبضه مُتَقَدَّرٌ بقَدْرَيْنِ، فهو مفسد القَدْرَيْن[٥]:

1 ـ أحدهما: مسافة[٦] ما بين بلد البائع وبلد المُبتاع[٧].

---

(١) في الأصل: «فيه» والمثبت من المنتقى.
(٢) «لا» زيادة من المنتقى.
(٣) «على» زيادة من المنتقى.
(٤) ما بين النجمتين زيادة من المنتقى.
(٥) في المنتقى: «... قبضه يفسد؛ لأنه متقدّر تقديرين».
(٦) في الأصل: «مستأنف» والمثبت من المنتقى.
(٧) في المنتقى: «بلد البيع وبلد المبيع».

....

(1) أورد هذه الرواية ابن يونس في جامعه: 900 إلاّ أنّه قال: اليوم واليومين.
(2) أورد هذه الرّواية ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: 900.
(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 22 ـ 23.
(4) الرّاوي عن ابن القاسم هو عيسى بن دينار كما صرّح به الباجي في المنتقى.
(5) أورد هذه الزيادة ابن يونس في جامعه: 900.

2 ـ والثّاني: الأجلُ الّذي يضربان، وذلك يمنع صحّة العَقْد.

والضّربُ الثاني[1]: أن يبيع البعيد الغَيْبَة بصفة، فإن كان كما وَصَفَ، لزم المُبْتَاع، وإلاّ كان له الخِيَار. ومنع الشّافعيّ[2] بيعَ ما لم يُرَ.

فرع[3]:

فإذا ثبتَ هذا[4]، فهل يكونُ ضمانه[5] من البائع أو المبتاع ؟ اختلف فيه قول مالك، فقال: هو من المبتاع، إلاّ أن يشترط ذلك على البائع، إذا كان ممّا لا يجوز فيه النّقد[6]، وبه قال مُطَرِّف وابن وهب، ثم رجع فقال: هو من البائع، إلاّ أن يشترط ذلك على المبتاع، وبه قال ابن القاسم وابن المَاجِشُون.

ووجه القول الأوّل: أنّه لم[١] يبق فيه حقّ توفية، فكان من المبتاع كالحاضر يكون في الدّار.

ووجه الثّاني: أنّه ممنوعٌ من النّقد فيه[7]، فكان من البائع كالجارية المبيعة بالمواضعة.

---

(١) في الأصل: «انه إن لم» والمثبت من المنتقى.

....

(1) الضّرب الثّاني أو الشّرط الثاني كما هو في المنتقى: «أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع إلى بلد بعيد يستوفيه فيه منه». أمّا ما أورده المؤلّف فهو مسألة مستقلّة أوردها الباجي في الصفحة: 42 من الجزء: 5.

(2) في الأم: 6/ 122 (ط. قتيبة)، وانظر مختصر خلافيات البيهقي: 3/ 269.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 24.

(4) أي جواز بيع الأعيان الغائبة.

(5) قبل القبض.

(6) قوله: «إذا كان ممّا لا يجوز فيه النّقد» من إضافات ابن العربي على نصّ المنتقى.

(7) مخافة تغيُّره.

بَابُ
بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ

الفقه في مسائل:

الأولى[1]:

نَهْيُهُ ﷺ عن بيعِ الحيوانِ باللّحمِ[2] يقتضي تحريمه، وبه قال مالك[١][3] والشّافعيّ[4] وجمهورُ الفقهاء.

وقال أبو الزّناد: «إِنَّ كُلَّ مَنْ أَدْرَكْتُ كَانَ يَنهى عَنْ ذَلِكَ»[5].

وأجاز أبو حنيفةَ بيع الحيوان باللّحم[6].

والمسألةُ لنا، لا كلامَ لأحدٍ فيها، وحجّتُنا في ذلك: حديث ابن المُسَيِّب؛ لأنه رَوَى عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلاَمُ النَّهْيَ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ[7]. وقد اتّفقتِ الأُمّة على قَبُولِ مُرَاسِلِ سعيد بن المُسَيِّب، ولا كلامَ لهم عليه، فالمسألةُ غيرُ معلَّلَةٍ، وتعليلُها فيه تعارضٌ ظاهرٌ وتناقضٌ كثيرٌ.

وعوّل علماؤُنا فيها من طريق المعنى على أنّ[٢] الشَّيْرَجَ[8] بالسِّمْسِمِ لا يجوزُ؛ لأنّه يخرُجُ منه، فكذلك اللّحمُ بالحيوان، وتحريرُ[٣] ذلكَ وتفصيلُه في «مسائل الخلاف».

---

(١) «مالك و» زيادة من المنتقى.
(٢) «أن» زيادة من القبس.
(٣) ويمكن أن تقرأ: «وتحديد».

....

(1) الأسطر الأولى إلى آخر قول أبي حنيفة مقتبسة من المنتقى: 5/ 25، وانظر الباقي في القبس: 2/ 839 - 840.
(2) أخرجه مالك في الموطأ (1912) رواية يحيى، ورواه عن مالك أبو مصعب (2613)، وسويد (250)، ومحمد بن الحسن (783).
(3) في المدونة: 3/ 174 في ما جاء في اللحم بالحيوان.
(4) انظر الحاوي الكبير: 5/ 157.
(5) أخرجه مالك في الموطأ (1914) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2615)، وسويد (250)، ومحمد بن الحسن (781).
(6) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 41.
(7) سبق تخريجه في التعليق رقم: 2 من هذه الصفحة.
(8) هو دهن السِّمسم، انظر شرح غريب ألفاظ المدونة: 44.

أمّا «بيع اللّحم باللّحم» فإنّه ممّا لاَ رِبًا فيه، وأموالُ(١) الرِّبا بشروطها من اعتبار الجِنْسِ في ربا الفَضْل والنَّسَاءِ، واعتبارُ القُوتِ في رِبَا النَّسَاءِ خاصّةً مذكورةٌ في «كتب المسائل».

مسألة أصوليّة[1]:

قال بعضُ علمائنا حين تعلّق بحديث نَهْيِ النّبيّ عليه السّلام عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوانِ: هذا تَلَقَّتْهُ الأُمَّة بالقَبُولِ فوجبَ القضاءُ به، وهذا وَهْمٌ[2] بطريق الحديث، فليست شُهرةُ الحديثِ بمُوجِبةٍ لصِحَّتِه إجماعًا، وهذا الحديثُ ما تَلَقَّتْهُ الأُمَّةُ بالقَبُولِ، فإنّ أهل الكوفة رَدُّوهُ(٢)، وقد عَدَّ العلماءُ الأحاديثَ المشهورة المُتَدَاوَلَة على أَلْسِنَة الأُمّة من العلماء وليست بصحيحةٍ، وذَكَروا منها نُبَذًا كحديث: «الخراج بالضّمان»[3] وحديث: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ»[4] ودونَهُما حديثُ: «لاَ يَأْوِي الضَّالَّةَ إِلاَّ ضَالٌّ»[5] وذلك مذكورٌ في كتب الحديث.

الثّانية[6]:

قَال علماؤنا[7]: نَهْيُهُ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ، إنّ ذلك في اللّحم النّيءِ، أمّا

(١) في الأصل: «أبواب» والمثبت من القبس. (٢) في الأصل: «رووه» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 840 - 841.
(2) في القبس: «وهذا جهل منه».
(3) أخرجه الشافعي في مسنده: 189، والطيالسي (1464)، وعبد الرزاق (14777)، وعلي بن الجعد في مسنده (2811)، وابن أبي شيبة (21181)، وأحمد: 6/ 49، 237، وأبو داود (3508م)، والترمذي (1286) وقال: «هذا حديث حسن غريب»، وابن ماجه (2242)، والنسائي في الكبرى (6081)، وأبو يعلى (4537)، وابن حبان (4928)، والدارقطني في سننه: 3/ 53، كلهم من حديث عائشة. وصحّحه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام: 5/ 212 (2425)، وقال ابن حزم في المحلّى: 5/ 250 «إنّه خبر لا يصحّ؛ لأنّ راوية مخلد بن خفاف وهو مجهول».
(4) سبق تخريجه.
(5) أخرجه علي بن الجعد في مسنده (2160) من حديث علي، وأخرجه من حديث جرير بن عبد الله: ابن أبي شيبة (216172)، وأحمد: 4/ 360، وأبو داود (1720م)، وابن ماجه (2503)، والنسائي في الكبرى (5799، 5800)، والطبراني في الكبير (2376). وقال ابن حزم في المحلّى: 8/ 261 «هذا حديث لا يصحّ».
(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 25.
(7) المقصود هو الإمام الباجي.

المطبوخ، فروى ابنُ الموّاز وأشهب كراهية ذلك. وأجازَهُ ابن القاسم، وهو(١) أحبّ إلينا.

الثّالثة[1]:

قال[2]: واللّحمُ(٢) على ثلاثة أجناس: ذواتُ الأربع، إنسيُّها ووحشيُّها، المباحةُ كلُّها جنسٌ واحد(٣)، والطّير كلُّه(٤) جنسٌ واحدٌ، والحيتان كلّها جِنسٌ واحدٌ.

وأمّا الجرادُ، فرُوِيَ عن مالك أنّها جنسٌ رابعٌ. ورُوِيَ عنه في «المُدَوَّنَة»[3] أنه قال: ليست بلحم، وإنّما يمنع(٥) بيع اللّحم بالحيوان من جِنْسِهِ.

قال ابنُ القاسم: ولم أر عند مالك تفسير الحديث في اللّحم بالحيوان إلاّ من صِنْفٍ واحدٍ لموضع المزابنة.

وذهب الشّافعيّ[4] إلى(٦) أنّه لا يجوزُ بيعُ لحم بحيوان بجنسه(٧)، ولا من غير جنسه.

ودليلُنا: ما يُعتبرُ فيه الرِّبا يُعتبرُ فيه الجنس كالحبوب، وهذا فيما أكله مباحٌ.

وأمّا ما حَرُمَ أكلُه، فلا يمنع من ذلك؛ لأنّه ليس ممّا يحِلُّ أكلُه، فيقال: إنّ فيه من جنس هذا اللّحم.

وأمّا المكروه، فَمَا(٨) جرتِ العادةُ بأكله، مُنِعَ من بيعه بلحم جنسه، كالهِرّ والثّعلب والضّبع.

---

(١) «هو» زيادة من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «فالحيوان».

(٣) في المنتقى: «. . . الأربع الّتي هي مباحة الأكل كلها جنس».

(٤) في الأصل: «كلها» والمثبت من المنتقى.

(٥) «يمنع» زيادة من المنتقى.

(٦) «إلى» زيادة من المنتقى.

(٧) في المنتقى: «بيع لحم الحيوان من جنسه».

(٨) في المنتقى: «مما».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 25.

(2) القائل هو الإمام الباجي.

(3) 3/ 174 في ما جاء في اللّحم بالحيوان.

(4) انظر الحاوي الكبير: 5/ 157، ومختصر خلافيات البيهقي: 3/ 304.

وأمّا الخيلُ والبغال والحمير، فقد قال مالك[1]: لا بأس بها باللّحم، نقدًا أو إلى أجلٍ؛ لأنّ ذلك لم تجر العادةُ بأكلِهِ[2]، ولأنّ منافعها[3] غير الأكل.

بَابُ
بَيْعِ اللَّحْمِ بِاللَّحْمِ

الفقه في مسائل:

الأُولى[4]:

اللّحمُ الّذي يُعتبرُ فيه التّساوِي أو التّفاضل، هو اللّحمُ على هيئته الّتي يستعمل عليها، ممّا يشتملُ عليه من عَظْم وغيره، ما لم يكن مضافًا إليه، كنوى التّمر حُكْمُهُ حكم التّمر، ما لم يكن مضافًا إليه.

فرع:

وأمّا «الكَرِشُ، والكَبِدُ، والقلبُ، والرِّئَةُ، والأَكَارِعُ، والرّأسُ، والحُلْقُومُ، والشّحمُ، والكُلْيَتَانِ، والخُصيَتَانِ» فلا يصحُ شيءٌ منه باللّحم، إلاّ مِثْلاً بمِثْلٍ، قاله ابنُ القاسم في «المُدَوَّنة»[5] وقال: «وما علمتُ مالكًا كَرِهَ أكلَ الطّحَالِ، ولا بأسَ به». فإذا ثبتَ ذلك من قوله، فيجبُ أن يكونَ حُكْمُهُ حُكم اللّحم.

الثّانية[6]:

قولُه[7]: «الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا» يريد عند أهل المدينة أنّ لحم ذوات الأربع

....

(1) في المدونة: 1/ 174 ـ 175 في اللحم بالدّوابّ والسّباع إلى أجل.
(2) الذي في المدونة: «لا بأس به يدًا بيد، وإلى أجل؛ لأنّ الدّوابّ ليس مما يُؤكل لحومها».
(3) المقصودة منها.
(4) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 26.
(5) 3/ 179 في ما جاء في اللّحم باللّحم.
(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 26.
(7) أي قول مالك في الموطأ (1915) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (6219).

جنسٌ يحرمُ فيه التّفاضل. والطّير جنس آخر يجوزُ[١] التّفاضلُ بينه وبين ذَوَات الأربع. والأمرُ في الجرادِ على اختلاف قول مالك، وقد تقدّم.

الثّالثة[1]:

رَوَى ابنُ القاسم عن مالك في **«العُتْبِيَّة»**[2] وغيرها؛ أنّ الخُبزَ واللّحم والبَيْض يجوزُ بيع بعضه ببعض تحرّيًا[3]، ولم يُجِزْهُ أبو حنيفةَ والشّافعيّ[4].

ودليلُنا: أنّ هذا ممّا تدعو الحاجةُ إليه، وإلى قسمته ومبادلته في السَّفَر، وحيث لا توجدُ الموازين، فجازَ للضّرورة مع الوصول بذلك إلى التّماثل.

وقال عبدُ الوهّاب[5]: من أصحابنا من أجازَهُ على الإطلاق، ومنهم من أجازَهُ بشَرْطِ تَعَذُّرِ المَوازين، وهذا في الموزون دون المَكِيل والمعدودِ، وفي **«الواضحة»** عن مالك: ما لا يجوز فيه التّفاضل من الطّعام غير الإدام، لا يجوزُ قسمته تحرّيًا، فكذلك السّمن والعسل والزّيت، وإنّما تقسم وَزْنًا وكَيْلًا[6].

الرّابعة[7]:

نهيُه عن بيع اللّحم باللّحم، وهل يجوزُ ذلك في الحيّ بالحيّ؟ ففي **«الواضحة»**: لا يباعُ ما لا يُقْتَنَى[8]، حيّ بحيّ مِثْلِهِ إلاّ تحرّيا، وفيه احتمال.

---

(١) في المنتقى: «... آخر يحرم فيه التفاضل، ويجوز...».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 27.
(2) 7/ 189 في سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم، من كتاب أوّله: باع شاة.
(3) أي دون كيل أوزن. وانظر الهداية شرح البداية: 2/ 71.
(4) في الأم: 6/ 57 (ط. قتيبة).
(5) في المعونة: 2/ 967 بنحوه.
(6) ووجه ذلك: أنّ ما لا يجوز التّماثل فيه بالوزن فإنّه يجوز أن ينوب عنه فيه التّحرّي، لتَعَذُّر الموازين في كثير من الأوقات، وما يجوز فيه الكَيْل والعدد فإنّه يجوز فيه التّحرّي لإمكان ذلك في المعدود على كلّ حال وفي المكيل وإن كان على غير الكَيْل المعهود.
(7) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 27 مع تصرف يسير.
(8) تتمّة الكلام كما في المنتقى: «... من الوحش والطّير بجزء من صنفه إلاّ تحرّيًا مثلاً بمثل، رواه عيسى عن ابن القاسم في العُتْبِيَّة في المجلّد الّذي يبتدىء بقوله: يجوز التّحرّي في الحيّ».

بَابُ
مَا جَاءَ فِي ثَمَنِ الْكَلْبِ

قال الإمام[1]: ثبت عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلاَم أَنَّهُ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ[2]، واختلفتِ الرِّوايةُ فيه عن مالك وعلمائنا بعدَهُ على قولين، وذلك في كلبٍ يجوزُ الانتفاعُ به، فأمّا كلب لا يُنتفَعُ به، فلا خلافَ أنّه لا يجوزُ بيعُه، ولا تَلْزَمُ قيمتُه لمُتْلِفِهِ.

وقال الشّافعيُّ[3]: ثَمَنُه حرامٌ.

وقال أبو حنيفةَ: ثمنُه جائزٌ[4].

ولم يزل مالك ـ رضي الله عنه ـ عُمُرَهُ كلَّه يقولُ: أكرَهُهُ[5]. وحمَلَ بعضُ علمائنا لفظَهُ على التّحريمِ. وحمَلَهُ آخَرون على أنّ تركَهُ خيرٌ من أخذه على أصل المعذرة[(١)].

قال الإمامُ: والصّحيحُ عندي جوازُ بيعه وحِلُّ[(٢)] ثَمَنِه؛ لأنّها عينٌ يجوزُ اتّخاذُها والانتفاعُ بها، فيصِحُّ مِلْكُها، بدليل وجوبِ القِيمةِ على مُتْلِفِها، فجائز بيعُه؛ لأنّ هذه الأوصافَ هي أركانُ صِحَّةِ البَيْعِ، ولولا جوازُ بيعِهِ من أين كان يُوصَلُ إليه كما لا يُوصَلُ إلى سائر الأموال إلاّ بالبَيْعِ أو الهِبَةِ، وقد مهّدنا ذلك في «**مسائل الخلاف**».

---

(١) في القبس: «المكروه».

(٢) في الأصل: «وأخذ» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر هذه المقدمة في القبس: 2/ 841 ـ 842.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (1918) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2622)، وسويد (251)، وابن القاسم (57)، والقعنبي عند الجوهري (214)، والشافعي في السنن: 285، والمسند: 220، والتنيسي، وقتيبة بن سعيد عند البخاري (2237) (2282)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1567).

(3) في الأم: 6/ 38 (ط. قتيبة).

(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 94.

(5) قاله في الموطأ (1919) رواية يحيى.

الفقه في مسائل:

الأولى[1]:

قولُه: «نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ»[2] يحتَمِلُ أن يريدَ النّهي عن اتّخاذِه، وهذا يمنعُ بيعه[3].

وأمّا المباحُ اتّخاذُه، وهو كلبُ الماشيةِ والحَرْثِ والصَّيْدِ، فأكثرُ أصحابِه على جوازه[4].

وقال سحنون: يجوزُ أن يحجَّ بثَمَنِه[5]، وقالَهُ ابن كنانة.

الثّانية[6]:

قولُه: «وَعَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ»[7] يريدُ ما تُعطَاهُ على اسْتباحةِ الوَطْءِ الحرام، وذلك محرَّمٌ شرعًا[8].

الثّالثة[9]:

قوله: «وَحُلْوَانُ الْكَاهِنِ»[10] إنّما حرّمه؛ لأنّه من أكلِ المالِ بالباطلِ، ولأنّ المتكهّنَ كلُّ ما يأخذه على تَكَهُّنِه حرامٌ، مُحَرَّمٌ على لسان صاحب الشّريعة، وما حَرُمَ في نفسه حَرُمَ عِوَضُهُ، كالخمر والخنزير.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 28.

(2) خرّجناه في الصفحة السابقة: 142، التعليق رقم: 2.

(3) يقول ابن حبيب في شرح غريب الموطأ: الورقة 82 «أمّا ثمن الكلب، فيعني كلاب الدّور التي أمر بقتلها ونهى عن اتّخاذها»، وانظر الفصل الممتع في الموضوع عند ابن الجهم في مسائل الخلاف: 105/أ - ب، ونقل ابن شاس في جواهره: 2/ 425 عن ابن العربي قوله: «الصحيح عندي جواز بيعه».

(4) في المنتقى: «. . . والصيد، فاختلف فيه قول مالك: فيتأوّل بعض أصحابه بأنّه يجوز بيعُه».

(5) حكاه عنه البوني في تفسير الموطأ: 97/ب.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 28.

(7) خرجناه في الصفحة السابقة: 142، التعليق رقم 2.

(8) انظر تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 82.

(9) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 28 - 29.

(10) خرجناه في أوّل الباب صفحة: 142، ويقول ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 82 «والحلوان في كلام العرب الرّشوة على الشيء، تقول منه: حلوتُ الرّجل حُلوانًا، إذا رشَوته شيئًا».

بَابُ[1]
السَّلَفِ وَبَيْعِ الْعُرُوضِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ

ثبت عنه ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ.

قال الإمامُ: أدخلَه مالك[2] بَلاَغًا، ولا أعلمُ له سَنَدًا صحيحًا، رواه الترمذي[3] وقال: هو حديثٌ صحيحٌ[4].

فإن قيل: كيف يصحُّ وهو من حديث عَمْرو بن شُعَيْب، عن أبيه، عن جدِّه، أنّ النّبيّ ﷺ قال: «لاَ يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ» وإجماعُ[5] الفقهاء على العمل به يدلُّ على صِحَّتِه، ومعناه يقوم له مقامَ الإسناد.

قال الإمام: ويركَّبُ على هذا الحديث أصلٌ بديعٌ من أصول المالكيّة، وهو أن كلَّ عَقْدَيْن يتضادَّانِ وضعًا[١] ويتناقضان حُكْمًا، فإنّه لا يجوزُ اجتماعُهُما، أصلُه البَيْعُ والسَّلَفُ، فَيُرَكَّب عليه في جميع المسائل، ومنه البيعُ والنّكاحُ، وذلك لأنّ البَيْعَ يُبْنَى على المُغَابَنَةِ والمُكَايَسَةِ، خارجٌ عن باب القُرَبِ والعباداتِ، والسَّلَفَ مُكَارَمَةٌ وقُرْبَةٌ، ومن هذا الباب الجمعُ بين العَقْدِ الواجب والجائز، ومِثْلُه بيع وجِعَالَةٌ. ويدلُّ على ذلك أنّ أخذ العِوَضِ في الجَعَالَةِ مجهولٌ ولا يجوزُ أن يكون معلومًا، فإنّه إن كان معلومًا خرج عن باب الجَعْلِ وأُلْحِقَ بباب الإجارة، وأمثالُ[٢] ذلك لا تُحْصَى، وفي هذه الإشارة إلى أنواعه نبذة كافية، فتأمّلوها فهي خيرٌ لكم من كتابٍ.

---

(١) «وضعًا» زيادة من القبس.

(٢) في الأصل: «ومثال» والمثبت من القبس.

....

(1) انظره في القبس: 2/ 842 - 843.

(2) في الموطأ (1920) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2624).

(3) في جامعه الكبير: الحديث (1234).

(4) الذي في الجامع الكبير: «حسن صحيح».

(5) نفضّل إضافة كلمة «قلنا» قبل كلمة «وإجماع» مع حذف الواو.

بَابُ
السُّلْفَةِ(١) فِي الْعُرُوضِ

الفقه في مسائل:

١ - الأُولى[1]:

قولُه[2]: «سَلَفَ في(٢) سَبَائِبَ» قال مالك: هي غلائل ثمانية.

وقولُه[3] إن معنى ذلك: «أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ غَيْرِ بَائِعِهَا مِنْهُ بِأَكْثَرَ» فيدخله الوَزْن بالوَزْن متفاضِلاً.

ويحتملُ أن يريد بهذا: أنّه مذهب ابن عبّاس[4].

ويحتمل أن يريد منه: مقتضَى اللّفظ، وقد سأل عيسَى ابنَ القاسم عن رِبحِ ما لم يُضْمَن؟ فقال: ذكر مالك أن ذلك بيع الطّعام قبل أن يُسْتَوْفَى.

2 - وأمّا العُرُوضُ والحيوان، فإنّ ربحه حلالٌ؛ لأنّ بيعَهُ قبل استيفائه حلالٌ.

ومن «كتاب محمّد» أنّ ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل(٣) شيئًا بغير أمره، ثمّ يبتاعه منه وهو لا يعلم[5]، وهذا الباب ضَيِّقٌ جِدًّا، وفروعه كثيرة.

---

(١) في الأصل: «السلف» والمثبت من الموطّأ.

(٢) «في» زيادة من الموطّأ.

(٣) في الأصل: «الرّجل» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 31.

(2) أي قول ابن عباس في الموطأ (1924) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2628)، وسويد (251).

(3) أي قول ابن عباس في المصدر السابق.

(4) يقول البوني في تفسير الموطأ: 98/أ «حديث ابن عبّاس هذا حُجَّةٌ لأهل المدينة في المنع من الذرائع».

(5) تتمّة العبارة كما في المنتقى: «... لا يعلم بيعك بأقلّ من الثّمن، وكذلك بيعك ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتّى تعلم البائع ويشهد أنّك رضيته فإن لم تعلمه فربحه للبائع، فإن قلت: بعت بعد أن اخترت، صدقت مع يمينك، وكذلك الرّبح».

بَابُ
النَّهْيِ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ

قال الإمام[1]: أدخلَ مالك[2] بلاغًا، وهو ثابتٌ عن النّبيِّ عليه السّلام صحيحٌ[3]، رواهُ النَّسائيّ[4] والشّافعيّ[5]، وقال التّرمذي[6]: «هو حديثٌ حسنٌ صحيحٌ».

الفقه في مسائل:

الأولى[7]:

اختلفَ العلماءُ في تفسير هذا الحديث:

فأمّا المالكيّة فقالوا: هو أن يبيعَ الرّجلُ من الرَّجُلِ سِلْعتَيْن بثَمَنَيْنِ مختَلِفَين، على أنّه قد لَزِمَتْهُ إحدَى الصَّفقتين، فَيَنْظُرُ أيّهما يُلْزَمُ(١)[8].

وقال الشّافعيّ[9]: تفسيرُها أن يقولَ الرّجلُ: أبيعُك داري على أن تبيعَني أنت غلامَكَ[10].

وكِلاَ التّفسيرين صحيحٌ، والمسألتان جميعًا لا تجوز وإنِ اختلف التّعليل، وهي تستمدُّ تارةً من قاعدة الرِّبَا، وتارةً من قاعدة الغَرَرِ، ورُبّما اجتمعا.

---

(١) في القبس: «فلينظر أيهما يلتزم».

....

(1) انظر هذا المدخل في القبس: 2/ 842.
(2) في الموطأ (1935) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2640).
(3) وهو الذي نصّ ابن عبد البر القرطبي في الاستذكار: 20/ 171 حيث قال: «هذا حديث مسندٌ متّصلٌ عن النبي ﷺ من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وحديث أبي هريرة، كلّها صحاح من نقل العدول، وقد تلقّاها أهل العلم بالقَبُولِ» وانظر التمهيد: 24/ 388.
(4) في الكبرى (6228) من حديث أبي هريرة.
(5) رواه من طريقه البيهقي في معرفة السنن والآثار: 4/ 381 ـ 382 (3518، 3519)، وعزاه إلى الشافعي ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 12.
(6) في جامعه (1231) من حديث أبي هريرة.
(7) انظرها في القبس: 2/ 842.
(8) انظر التفريع لابن الجلاب: 2/ 166.
(9) انظر الحاوي الكبير: 5/ 341.
(10) نقل المؤلّف قول الشافعي هذا من الجامع الكبير للترمذي: 2/ 514.

الثّانية[1]:

و«نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ» محمولٌ على التّحريم.

وقال الفقهاء: معناهُ أن يتناول عَقْد البَيْع بيعتين، على أن لا تتمّ(١) منهما إلاّ واحدة مع لزوم العَقْد كما قدّمنا.

بَابُ
بَيْعِ النُّحَاسِ وَالْحَدِيدِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يُوزَنُ

الفقه في مسائل:

الأُولى[2]:

قولُه[3]: «وَإِنْ كَانَ الصِّنْفُ يُشْبِهُ الصِّنْفَ» يريدُ بالتّشابه تقارُب المنافع مع تقارُبِ الصُّورة، كالآنُكِ[4] والنُّحاس والرَّصَاص، زاد ابنُ حبيب: والقزدير فإنّه جنسٌ واحدٌ، وكذلك الشَّبَهُ[5] والصُّفرُ والنُّحَاسُ، وكذلك الحديد، وإنّما يَختلفُ بالعمل، فإذا عُمِلَ الحديدُ سُيوفًا أو سكاكين أو النُّحاسُ أوانيَ، فإنّه يصير أصنافًا باختلاف المنافع والصُّور.

الثّانية[6]:

قوله[7]: «فَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يُؤْخَذَ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ» لما قدّمنا من أنّ الجنس لا

---

(١) في الأصل: «على الاسم» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 36.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 35.
(3) أي قول مالك في الموطأ (1931) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2635).
(4) يقول الجبّيّ في شرح غريب ألفاظ المدوّنة: 68 «والآنك: ضرب من الصّفر، والصّواب أنّه القزدير».
(5) هو النحاس الأصفر.
(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 35.
(7) أي قول مالك في المصدر السابق.

يجوزُ بعضُه ببعضٍ *مع الأجل، لمقاربة البيعة ولما يدخل. . .، ولا بأس ببيع بعضه ببعض*[١] نقدًا متفاضلا[٢] في ذلك كلِّه، إلاّ ما ذكره أصحاب مالك في منع[٣] التّفاضل في الفُلوس، واختلفوا في تأويل ذلك:

فمنهم من قال: منعُه على الكراهية.

ومنهم من قال: على التّحريم.

ووجهُ الكراهية: أنّ السِّكّة[٤] في النُّحاس لا يُخرجهُ عن أصله، كصِيَاغَتِهِ[٥] منه طُسُوسًا.

ووجهُ التّحريم: أنّ السِّكّة[4]، نوعٌ يختصُّ بالأثمان، فوجبَ أن يؤثِّر في تحريمِ التّفاضل، كجنسِ الذّهب والفِضّة، ومن نسب إلى مالك في هذا القول المناقضة لم يتبيّن وَجْهَ الحُكْم.

الثّالثةَ[1]:

قوله[2]: «وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَنْتَفِعُ[٦] بِهِ النَّاسُ، وَإِنْ كَانَتِ الْحَصْبَاءَ وَالْقَصَّةَ[٧]، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِثْلَيْهِ[٨] إِلى أَجَلٍ، رِبًا» وقد قال ابنُ حبيب: إن التّراب الأبيض والأسود صِنفان، وكذلك الجِيرُ والتّراب الأبيض، وكذلك الكَذَّانُ[3] بالرُّخام، والجَنْدَلُ بالحِجَارة وبالحَصْبَاء[٩]، فهذا كلّه مُختلِف يجوز التّساوِي فيه والتّفاضل إلى أجلٍ.

وقال غيرُه: وما استوت منافِعُه كالجَنْدَلِ بالحجارة لم يَجُزْ ذلك فيه.

---

(١) ما بين النّجمتين من زيادة المؤلِّف على نصّ الباجي، وفي العبارة طمس شديد، وقد اجتهدنا في إثبات ما وفّقنا إلى قراءته، وحذفه والاقتصار على ما في المنتقى يفي بالغرض.
(٢) الّذي في المنتقى: «لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بعضه ببعض نقدًا متفاضلاً».
(٣) في الأصل: «بيع» والمثبت من المنتقى.
(٤) في المنتقى: «السّكة».
(٥) في المنتقى: «كصناعته».
(٦) في الأصل: «يبيع» والمثبت من الموطّأ.
(٧) في الأصل: «والفضّة» والمثبت من الموطّأ. والقصّ: الجصّ بلغة أهل الحجاز.
(٨) في الأصل: «بمثله» والمثبت من الموطّأ.
(٩) في المنتقى: «والحجارة بالحصباء».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 36.
(2) أي قول مالك في الموطأ (1934) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2638).
(3) الكَذّان: حجارة فيها رخاوة، وربّما كانت نَخِرَة.

بَابُ
مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْغَرَرِ

قال الإمام[1]: الحديثُ في هذا الباب رواهُ مالكٌ[2] مُرْسَلاً، وهو مُسْنَدٌ من طُرُقٍ[3]، وأجمعتْ عليه الأُمَّةُ، وهذا أحدُ أركانِ البيوعِ وقواعدِهِ كما بيّناه.

العربيّة[4]:

بيعُ الغَرَرِ: هو الّذي يكثرُ فيه الغَرَر، ويغلبُ عليه حتّى يُوصَف به؛ لأنّ الشّيء إذا كان متردّدًا بين معنيين، لا يوصَف بأحدهما دون الآخر، إلاّ أن يكون أخصّ به وأغلب عليه.

الفقه في مسائل:

الأُولى:

قال علماؤنا[5]: «ووجوه الغَرَرِ في البيوع كثيرةٌ لا تُحصى».

من[6] ذلك بَيْعُ المعدوم، فإنّه أشدُّ من الموجودِ المجهولِ، وقد بوّب عليه مالك[7] فقال: «مَا لاَ يَجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ» وهي المَضَامِين والمَلاَقِيح وحَبَلُ الْحَبَلَةِ، فإنّه غَرَرٌ في المعدوم.

ومنه: ذِكْرُ مَالِكٍ[8] لِبَيْعِ الدَّابَّةِ الضَّالةِ والعَبْدِ الآبِقِ، لأنّه لا يُعْلَمُ هل هو على حاله أم لا؟

....

(1) انظر هذا المدخل في القبس: 2/ 843.

(2) في الموطأ (1941) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2501)، وابن وهب عند البيهقي: 5/ 338.

(3) منها ما أخرجه مسلم (1513) من طريق عبيد الله، عن الأعرج عن أبي هريرة، وانظر طرق الحديث في التمهيد: 21/ 135.

(4) كلامه في العربية مقتبسٌ من المقدّمات الممهِّدات: 2/ 71.

(5) المقصود هو الإمام ابن رشد الجدّ في المقدّمات الممهِّدات: 2/ 71.

(6) من هاهنا إلى آخر قوله: «بيع الملامسة والمنابذة وقد بوّب عليه مالك» وَرَدَ في القبس: 2/ 843 - 844.

(7) في الموطأ: 2/ 182 رواية يحيى.

(8) في الموطأ (1942) رواية يحيى.

ومنه: الحَمْلُ، وجعَلَ مالكٌ[1] منه استثناءَ الحَمْلِ من الجارية المبيعةِ، وذلك عَيْبٌ[١] صحيح لوجهين:

أحدُهما: أنّه لا تُدْرى السّلامةُ منه عندَ الوَضْعِ، وحاله يختصّ بالآدميين.

والثّاني: الجهالةُ بالثّمن دونَ خوفِ الهلاكِ، وذلك في سائر الحيوانات، ولهذه الدّقيقةِ تفطّنَ مالكٌ، فقال في هذا الباب[2]: «وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: ثَمَنُ شَاتِي ثَلاثَةُ دَنَانِيرَ، فَهِيَ لَكَ بِدِينَارَيْنِ، وَلِي مَا فِي بَطْنِهَا، فَهَذَا غَرَرٌ وَمُخَاطَرَةٌ».

ومنه: بيعُ المُلاَمَسَة والمُنَابَذَة، وقد بوَّبَ عليه مالك[3].

ومن[4] ذلك: نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ[5]، وهو أن يُسَاوِمِ الرّجلُ الرَّجُلَ وبِيَدِ أحدِهما حصاة، فيقول لصاحبه: إذا سقطتِ الحصاةُ من يدي فقد وجبَ البيعُ بيني وبينَك.

وقيل: هي أن تكون السّلع[٢] منشورة، فيرمي المبتاع حصاة، فأيّ شيءٍ وقعت عليه وجبَ له بها، وأيّ ذلك كان، فهو من الغَرَرِ المنهيّ عنه.

ومن ذلك: نهيُهُ عليه السّلام عن بيعتين في بيعة[6].

ومن ذلك: نهيُهُ عن بيع العُرْبَان[7]، وتفسيرُهُ[8]: أن يشتري السّلعة ويُعطيه دينارًا أو درهمًا، فيقول له: إن أَخَذْتها فهو من الثّمن، وإن لم آخذها فهو لك، وذلك باطلٌ أخذها بغير شيء[٣]، وهو غَرَرٌ.

---

(١) «عيب» ساقطة من القبس.

(٢) في المقدّمات: «السّلعة».

(٣) في المقدّمات: «... إن أخذتها فذلك من الثّمن، وإن تركتها كان ذلك باطلاً بغير شيء».

....

(1) في الموطأ (1944) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2647).
(2) من الموطأ (1955) رواية يحيى.
(3) في الموطأ: 2/ 196 رواية يحيى.
(4) من هاهنا إلى آخر المسألة مقتبس من المقدّمات الممهّدات: 2/ 72.
(5) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.
(6) سبق تخريجه صفحة: 146 من هذا الجزء الهامش رقم: 4 ـ 6.
(7) سبق تخريجه صفحة: 50 من هذا الجزء الهامش رقم 1 ـ 7.
(8) أي تفسير مالك في الموطأ (1782) رواية يحيى.

وكانت هذه كلُها بيوعًا كان أهل الجاهلية يتبايعون بها، فنهى رسولُ الله ﷺ عنها؛ لأنها من باب أكل المال بالباطل، لقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ الآية[1].

الثانية(١)[2]:

والغَرَرُ يقعُ من قليلٍ وكثيرٍ، فالقليلُ مَعْفُوٌّ عنه، وأمّا الغَرَرُ الكثير المانع من صحّة العَقْد يكون في ثلاثة أشياء:

أحدُها: العَقْد.

والثّاني: أحد العِوَضين: الثّمن أو المثمون، أو كلاهما.

الثّالث: الأجل فيهما أو في أحدهما.

فأمّا «الغَرَر في العَقْد» فهو مثل نهي النّبيّ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وعن بَيْعِ الْعُرْبَانِ، وعن بَيْعِ الْحَصَاةِ على أحد التّأويلين، وما أشبه ذلك ممّا لا جهل فيه في ثَمَنٍ ولا مثمون، وإنّما حصل(٢) الغَرَر فيه بانعقاده بين(٣) المتبايعين على هذه الصّفات، ومن هذا المعنى بيع المَكِيل(٤) والجُزاف في صَفْقَةٍ واحدةٍ، والقولُ فيما يجوز من بيع الجُزاف والمَكِيلِ(٤) في صَفْقَةٍ واحدة[3]، وعلى هذه الأنواع تتركّب المسائل في هذا الباب إن شاء الله.

---

(١) في الأصل: «الثالثة» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

(٢) في الأصل: «جعل» والمثبت من المقدّمات.

(٣) في الأصل: «بإنفاذه في» والمثبت من المقدّمات.

(٤) في الأصل: «الكيل» والمثبت من المقدّمات.

....

(1) النساء: 29.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المقدّمات الممهّدات: 2/ 73.

(3) الظّاهر أنه سقطت هاهنا فقرة، نرى من المستحسن إثباتها في هذا الهامش وهي: «... واحدة، يتحصل بأن يعلم أنّ من الأشياء ما الأصل فيه أن يُباع كَيْلاً ويجوز بيعُه جُزافًا كالحبوب، وأنّ منها ما الأصل فيه أن يُباع جُزافًا ويجوز بيعه كَيْلاً كالأرَضين والثّياب، وأن منها عروضًا لا يجوز بيعها كَيْلاً ولا وَزْنًا كالعبيد والحيوان، فالجُزاف ما أصله أن يُباع كَيْلاً كالحبوب لا يجوز بيعه مع المَكِيل منه، ولا مع المَكِيل ممّا أصله أن يُباع جُزافًا كالأرضين والثّياب باتّفاق، والجُزاف مما أصله أن يباع جُزافًا لا يجوز أن يُباع مع المَكِيل منه باتّفاق أيضًا».

بَابُ
بَيْعِ الْخِيَارِ

قال الإمام: ذكر مالك[1] في هذا الباب المُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا، وحديث ابنِ عمرَ في هذا الباب مشهورٌ؛ أنّ النّبيّ ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» أو «يَخْتَارَا» كذا رواه التّرمذيّ[2].

قال الإمام: اختلف العلماء في هذا الحديث[3]:

١ ـ فمن النّاس من رَدَّه؛ لأنّه خَبَرٌ واحدٌ يخالفُ أصولَ الشّريعة، فإنّ البَيْع كما رُوِيَ عن عمر بَيْعَان: بَيْعُ صَفْقَة أَوْ بَيْع خِيَار[4]، فأمّا بيع خِيَار كلّه فليس في الأصول.

٢ ـ **التّأويل الثّاني**: من النّاس[5] من تأوّله بأنّ معناه: المتراوضان[١] في الإيجاب والقَبُول، فإذا قال البائع: بعتُ، فالأمر[٢] لم ينعقد، *وكلٌّ منهم بالخِيَار، حتّى يقول الآخر: قبلتُ*[٣].

٣ ـ **الثّالث**: منهم من قال: معناه ما لم يفترقا بالأقوال.

٤ ـ **الرّابع**: قال بعضُ الفقهاء[6]: المراد به خِيَار الإقالة الّتي[٤] في حديث عبد الله بن عمر.

---

(١) في الأصل: «المشترطان» والمثبت من العارضة.
(٢) في الأصل: «ثلاثا» والمثبت من العارضة.
(٣) ما بين النّجمتين ساقط من الأصل، واستدركناه من العارضة.
(٤) في الأصل: «المراد فيه خبر لاقالة النبيّ» والمثبت من العارضة.

....

(1) في الموطأ (1958) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2664)، وسويد (252)، وابن القاسم (241)، ومحمد بن الحسن (785)، والقعنبي عند الجوهري (688)، والشافعي في الرسالة (863)، والأم: 6/ 8 (ط. قتيبة)، والطباع عند أحمد: 1/ 56، والتنيسي عند البخاري (2111)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1531)، وابن وهب عند الدارقطني: 3/ 6.
(2) في جامعه (1245) وقال: «حديث حسن صحيح».
(3) انظر الأقوال التالية في العارضة: 6/ 4 ـ 5.
(4) أخرجه عبد الرزاق (14273، 14274)، وابن أبي شيبة (22577)، والبيهقي: 5/ 272، قال عنه الشافعي الأمّ: 6/ 30 (ط. قتيبة) مخاطبًا محاوره: «وحديثك الذي رويت عن عمر غَلَطٌ، ومجهولٌ، أو منقطعٌ، فهو جامع لجميع ما تُرَدُّ به الأحاديث» وانظر نصب الراية: 4/ 3.
(5) قاله محمد بن الحسن كما نصّ على ذلك المؤلِّف في العارضة.
(6) وهم فقهاء ما وراء النّهر، وقد قاله بعض العراقيين كما صرح بذلك المؤلف في العارضة: 6/ 5 ـ 7.

٥ ـ **الخامس**[1]: قال مالك[2]: «لَيْسَ لِهَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ، وَلاَ أَمْرٌ مَعْمُولٌ به» أشار إلى أنّ المجلسَ مجهولُ المُدَّةِ، ولو شَرَطَ الخِيَارَ مدَّةً مجهولةً لبَطَلَ إجماعًا، فكيف يثبتُ حُكْمٌ بالشَّرعِ بما لا يجوزُ شرطًا في الشّرعِ[(١)]؟! وهذا شيءٌ لا يتفطَّنُ له إلاّ مالك ـ رضي الله عنه ـ.

وظنّ بعض المتوسِّمين بالعلم من الجَهَلَة؛ أنّ مالكًا إنّما تعلَّق فيه بعمل أهل المدينة، وهذه جهالة[(٢)][3].

فإن قيل: قد أثبتَ مالكٌ خِيَارَ المجلسِ في التّمليكِ.

---

(١) في الأصل: «... حكم شرع ما لا يجوز» والمثبت من القبس.

(٢) في القبس: «غباوة».

....

(1) انظره في القبس: 2/ 844 ـ 845.

(2) في الموطأ (1959) رواية يحيى.

(3) اعتبر ابن الورّاق في مسائل الخلاف: 83/أ أن هذا المستند باطل باتفاق. وفي هذا الموضوع يقول المؤلِّف في العارضة: 6/ 6 «فمن لا تحصيل له من أصحابنا يظنُّ أنّه يعني به أنّ عمل أهل المدينة بخلافِهِ فقدّم العمل عليه، ولم يفعل ذلك ولا فَعَلَهُ قطُّ، ولا ترك قطّ مالكٌ حديثًا لأجل مخالفة [أهل] المدينة له بعملهم وفتواهم. وقد توهّم عليه ابن الجويني فقال: يَرْوِي الحديث عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ ثم يتركه لعمل أهل المدينة، يريد هذا الحديث، ولم يفهم الجويني عنه، بل أقام في جَوْنٍ [أي ظلمة]، فلم يتطلّع عليه. والذي قصد مالك من المعنى؛ قوله: هو أنّ النبيّ ﷺ لما جعل المتعاقدين بالخيار بعد تمام البيع ما لم يتفرّقا، ولم تكن تفرقتهما وانفصال أحدهما عن الآخر وقت معلوم ولا غاية معروفة إلاّ أن يقوموا، أو يقوم أحدهما على مذهب المخالف، وهذه جهالة يقف عليها انعقاد البيع فيصير من بيع المنابذة والملامسة، بأن يقول له: إذا لمسته فقد وجب البيع، وإذا نبذته أو نبذت الحصاة فقد وجب البيع، وهذه صفة مقطوع بفسادها في العَقْد، فلا يتردّد الحديث ولم يتحصّل المراد منه، وإن كان فسّره بما يبين الجهالة فيه فيدخل تحت النّهي عن الغرر عمومًا، وتحت النّهي عن بيع الملامسة والمنابذة تنبيهًا، وليس من قول النبي ﷺ ولا تفسيره، وإنّما هو من فهم ابن عمر وتقديره وأصل التّرجيح ـ الذي هو معضلة الأصول ـ أن يقدّم المقطوع به على المظنون والأكثر رواية على الأقلّ، فهذا الذي قصد مالك مما لا يدركه إلاّ مثله، ولا يتفطّن له أحد قبله ولا بعده، وهو إمام الأُمّة غير مدافع في ذلك، وكيف لابن الجويني أن يزوِّده في تأويلٍ إن سلم في نقل؟ هيهات يا أبا المعالي، لستَ هذا الموضع ترقى إليه، ولا تغالي في قَدْرِكَ، وافهم أمرك، والله ينفعك برحمته، على هذا فلتعوِّلوا يا معشر المتفقّهة والفقهاء» انتهى من العارضة، ونعتذر عن بعض الأخطاء، فالطبعة من أسفٍ سقيمة.

قلنا: الطلاقُ يعلَّقُ على[١] الغَرَر والخَطَرِ، ويَثْبُتُ في المجهول والمعلوم، والبيعُ بخلافِهِ، ولو لم يكن في هذا «القبس» إلاّ هذه المشكاةُ لكَفَاهُ.

وقال الشّافعيّ[1]: خِيَارُ المجلسِ ثابتٌ في البَيْع لكلِّ واحدٍ من المتبايعين حتّى يقوما عن مجلسهما، ورَوَى في ذلك الدّارقطني[2] تفسيرًا عن النّبيّ عليه السّلام أنّه قال: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخِيَارِ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا عَنْ مَكَانِهِمَا الَّذِي تَبَايَعَا فِيهِ» وكان ابنُ عمر إذا باع أَحَدًا قام ومشى خُطىً حتّى يلزم البيع[3].

مسألة[4]:

والخِيَارُ في البَيْع في أصله غرَرٌ، وإنّما جوّزته السُّنَّة لحاجةِ النّاس لذلك؛ لأنّ المبتاع قَدْ لا يختبر[٢] ما ابتاع، فيحتاج إلى أن يختبره، أو يعلم أكان يصلح أم لا، ومثل هذا[5].

بَابُ
بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ[6]

قال الإمامُ: هذا باب عَوِيصٌ[٣]، ليس له في القرآن ولا في السُّنَّة ترجمةٌ، اللّهُمَّ إلاّ أنّ الله قال: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰا﴾[7] فاقتضى هذا الإطلاق - كما قدّمنا -

---

(١) في الأصل: «طلاق على» والمثبت من القبس، وعبارة العارضة: 6/7 «فإن قيل: فقد قال مالك: إن الخيار لا يتقدّر بالمجلس في التمليك ونحوه. قلنا: ذلك طلاق، وهو يعلّق على الأغرار والأخطار».

(٢) في المقدّمات: «يخبر».

(٣) في الأصل: «عريض» والمثبت من القبس.

....

(1) في الأم: 6/11 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 5/32.

(2) في سننه: 3/5 بلفظ: «إذا تبايع الرجلان، فكلّ واحد منهما بالخيار ما لم يتفرّقا، وكان جميعًا، أو يخيّر أحدهما الآخر، فيتبايعان على ذلك فقد وجب البيع» أخرجه مسلم (1531).

(3) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/363.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المقدمات الممهدات: 2/86.

(5) انظر الفصل الممتع في هذا الموضوع في كتاب مسائل الخلاف لأبي بكر بن الجهم المشهور بابن الورّاق: لوحة 83/أ - ب.

(6) انظره في القبس: 2/846.

(7) البقرة: 275.

جوازَ بيع كلِّ بيعٍ إلاّ ما قام الدّليلُ على رَدِّهِ حسَبَ ما تقدّم في القواعد.

وقد طالعتُ في كتب العلماء المُعَوَّلِ عليهم في المذاهب، فما رأيتُ أحدًا منهم فهِم هذا الباب كما ينبغي، ولا قرّره كما يجبُ، فاسْتَوْفَى معاقدَهُ على الكمال، إلاّ محمّد بن عبدوسٍ[1]، فإنّه بيّنه ورتّبه على ستّة معاقد، وقعت منثورةً في كلام مالك، فجمَعَها وفرّعَ عليها فروعًا كثيرةً[2].

الأوّل: ما يُحتسَبُ في الثّمن والرِّبح.

والثّاني: ما يُحتسَبُ في الثّمَنِ ولا يُحتَسَب في الرِّبح.

الثّالث: ما يُحتسب في عَقْد واحدٍ في الشّرط ولا يُحتسَبُ بالإطلاقِ.

الرّابع: أن يَنْعَقِدَ البيعُ على الكذبِ.

الخامس: أن يَنْعَقِدَ البيعُ على الغِشِّ.

السّادس: أن يَنْعَقِدَ البيعُ على عَيْب.

ولكلّ واحد حُكْمٌ ليس للآخر، وقد يجتمعُ الكذبُ والغِشُّ والعَيْبُ في البيع في عَقْدٍ واحدٍ، وقد يجتمعُ اثنان منهما في عَقْدٍ، فتتعارضُ الأحكامُ، ولولا أنّ هذا «الكتابَ» على القواعدِ والأصولِ لا الفروع، لمهّدناها لكم.

بَابُ
جَامِعِ الدَّينِ وَالْحِوَلِ

قال الإمام[3]: الأصل في هذا الباب قوله عليه السّلام: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»[4] فإنّه

....

(1) هو الإمام محمد بن إبراهيم بن عبدوس، من أكابر أصحاب سحنون، كان حافظًا للمذهب، متقدّمًا فيه، غزير الاستنباط، توفي سنة: 260، انظر أخباره في رياض النفوس للمالكي: 1/ 459، وترتيب المدارك للقاضي عياض: 4/ 222 ـ 228.

(2) لعلّ المؤلّف يقصد شرح ابن عبدوس لمسائل المدوّنة، هذا الكتاب الذي يقع في أربعة أجزاء وشرح فيها ـ حسب القاضي عياض في ترتيب المدارك ـ 4/ 223 ـ 225، كتاب المرابحة وكتاب المواضعة، وتفسير كتاب الشفعة وكتاب الدور.

(3) انظر هذا المدخل في القبس: 2/ 846 ـ 847.

(4) رواه مالك في الموطأ (1968) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2674)، وسويد (254)، وابن القاسم (354)، والقعنبي عند الجوهري (555)، والشافعي في السنن المأثورة: 277، والطبّاع عند أحمد: 2/ 465، وخالد بن مخلد عند الدارمي (2589)، والتنيسي عند البخاري (2287)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1564).

متّفقٌ عليه[1]؛ لأنّه لا عُذْرَ في التّأخير لمن كان قادرًا على الأداء، ومهما اختلف العلماء في الأمر بحقوق[(١)] الله تعالى، هل هو على الفَوْرِ أو مسترسلٌ على الأزمان[2]، فإنّهم قد اتّفقوا على أنّ الأمر لحقّ الآدميّ على الفَوْرِ، وذلك لفَقْرِ الآدميّ وحاجتِهِ، وأنّ الله هو الغنيُّ، له ما في السّموات وما في الأرض.

فإذا ثبتَ هذا، واشتغلَ[(٢)] الغنيُّ عن أداء الحقّ، فإنّ ذلك معصيةٌ، ينشأُ من هذا أنّه إذا اشتغل بالصّلاة عن أداء الدَّين، فاختلف العلماء في ذلك:

فقال أحمدُ بنُ حنبلٍ: الصّلاةُ باطلةٌ.

وقال جمهور العلماء: الصّلاةُ صحيحةٌ، منهم مالك بن أنس، وحَكَى عنه أبو المعالي الجُوَيْنيّ[3] أن الصّلاةَ باطلةٌ، ولم أرَهَا في كُتُبِهِ، ولا تجري على أصوله، وهو حُكْمٌ أصوليٌّ ليس من[(٣)] الفروع، وقد بيّنا في «كُتُب الأصول» حكم الصّلاة في الدّار المغصوبة، وحقّقنا تعارُضَ الأمْرِ والنّهيِ، وبيّنّا اتّصالَهُما وانفصالَهُما، فليُنْظَرْ هنالك، ففيه شفاءٌ للعليلِ[(٤)] إن شاءَ اللهُ

الفقه في مسائل:

الأُولى[4]:

قوله ﷺ[5]: «إِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» فيه دليلٌ على أنّ الحَوَالة من[(٥)] القَضَاءِ، فإن شاء الرّجلُ أن يقضِيَ الدَّيْنَ الّذي عليه قضى من مَالِه، وإن شاء أن يُحيلَ

---

(١) في الأصل: «في حقوق» والمثبت من القبس.
(٢) في الأصل: «فاشتغل» والمثبت من القبس.
(٣) في الأصل: «في» والمثبت من القبس.
(٤) في القبس: «الغليل».
(٥) في الأصل: «في» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر تعليقنا السابق.
(2) انظر المقدّمة في الأصول لابن القصّار: 132 ـ 135.
(3) الظّاهر أنّه حكاه في كتابه المشهور «نهاية المطلب في دراية المذهب» والكتاب قيد الطبع، بعناية العالم الزاهد عبد العظيم الديب.
(4) انظرها في القبس: 2/ 847 ـ 848.
(5) في حديث الموطأ (1968) رواية يحيى.

على غيره به إذا كان مَلِيئًا جازَ، ولا تكونُ محاولةُ الحَوَالَةِ من المَطْل، هذا إذا كان له على المُحَال عليه دَيْنٌ ولا يُعتبر رِضَى مَنْ عليه الدَّيْنُ؛ لأنّه لو وَكَّلَ رجلاً يقبِضُه[١] لجازَ، فالحِوَلُ له وَكالةٌ، وأمّا رِضَى مَنْ له الدَّينُ فإنّه يُعتَبَرُ عند كافّةِ العلماءِ، وتعلّق بعضُ التّابعينَ بقول النّبيّ عليه السلام: «فَإِذَا أُتبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» ولم يشتَرِطْ رِضَاهُ بل أَمَرَهُ بالاتّباع[٢].

وقال أبو حنيفة[1]: يُعتبرُ؛ لأنّها عنده مبايعةٌ.

وعندنا أنّه نقلُ حقّ من[٣] ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ، وقد بيّنا ذلك في «**مسائل الخلاف**».

ومُطلَقُ قولِ النّبيِّ عليه السّلام: «إِذَا أُتبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» يقتضي ألا يُشْتَرطَ رِضَاهُ، بل أمره بالاتباع.

قال علماؤنا: هو محمولٌ على النَّدْبِ، بدليل قولِ النّبيّ ﷺ «الْمُسْلِمُونَ عَلَى[٤] شُرُوطِهِمْ»[2]. وعموم قولِه تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[3] وهذا إنّما عَاقَدَ للمُحِيلِ وعليه شرطُ الثّمنِ، وفي ذِمّتِهِ أَوْجَبَ المالَ، فلا ينتقِلُ عنه إلى غيرِه، فيسقُطَ شرطُه ويتبدَّلَ[٥] عَقْدُه، إلاّ برِضَاه، وهذا ما لا جواب لهم عليه.

الثّانية[٦][4]:

فإن رَضِيَ المحالُ بالمحال عليه فخرج عديمًا:

---

(١) في الأصل: «يقتضيه» والمثبت من القبس.
(٢) «رضاه، بل أمره بالاتباع» زيادة يقتضيها السياق من القبس.
(٣) «حق من» زيادة من القبس.
(٤) في القبس: «عند».
(٥) في الأصل: «فسقط شرطه ويبدل» والمثبت من القبس.
(٦) في الأصل: «الثالث» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 103، والمبسوط: 20/ 52.
(2) أخرجه ابن ماجه (2353)، والترمذي (1352) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والدارقطني: 3/ 27 من حديث عمرو بن عوف المزني، وقد ضعّفه ابن حجر في التلخيص: 3/ 23.
(3) المائدة: 1.
(4) انظرها في القبس: 2/ 848.

قال الشّافعيّ[1]: إنّه يَخْسَرُ.

وقال أبو حنيفةَ[2]: إنّه يَرْجِعُ.

وقال مالكٌ[3] وغيرُه: إن غَرَّهُ منه رجَعَ عليه، وإلاّ فلا رُجوعَ له عليه. وقد قرّرنا ذلك في «مسائل الخلاف» وبيّنّا أن الحَوَالةَ نقلُ ذِمّة إلى ذِمّة، وليست بمبايعةٍ[١].

وأمّا إذا غرّهُ، فلا إشكالَ في رجوعِه عليه؛ لأنّ أصلَ الحَوَالةِ انبنَى[٢] على باطلٍ من الغِشّ والمُخادَعَةِ، وقد أمرَ النّبيُّ عليه السّلام باجتنابِهما، ونهى عن فعلهما، وقال: «مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»[4] فوجبَ الحُكْم بردّه.

تتميم[5]:

قد بيّنا أنّ أصل الحَوَالَة الحديث المتقدّم، حديث أبي هريرة أنّ «مَطْلَ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»[6] وفي هذا الحديث أنّ الغنيّ لا يحلّ له أن يمطل غريمَهُ.

وقال أَصْبَغُ: مَطلُ الغنيّ جُرْحَةٌ تردُّ شهادتُه بها؛ لأنّ النّبيّ عليه السّلام سمّاها ظلمًا[7]، وقد رُوِيَ عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَه وعِرْضَهُ»[8] فعِرْضُه

---

(١) في الأصل: «بمغابنة» والمثبت من القبس.

(٢) في الأصل: «أثبتت» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر الحاوي الكبير: 6/ 421.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 270، والمبسوط: 20/ 126.

(3) في المدونة: 4/ 148 كتاب الحوالة.

(4) أخرجه مسلم (1718) من حديث عائشة.

(5) هذا التتميم مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 98/ ب.

(6) سبق تخريجه في أوّل الباب.

(7) أورده الباجي في المنتقى: 5/ 66 ونسبه إلى سحنون.

(8) أخرجه ابن أبي شيبة (22402)، وأحمد: 4/ 222، 388، والبخاري معلّقًا (بعد حديث: 2400)، وأسنده في التاريخ الكبير: 4/ 259 [وانظر تغليق التعليق لابن حجر: 3/ 318]، وأبو داود (3628م)، وابن ماجه (2427)، والنسائي في الكبرى (6288)، وابن حبان (5089)، والطبراني في الكبير (7249)، والبيهقي: 6/ 51 كلهم من رواية عمرو بن الشريد عن أبيه. وقال ابن كثير في تحفة الطالب: 362 «هذا إسناد جيّد».

التَّظلُّم منه بقول: مَطَلَنِي وظَلَمَنِي.

وقال بعض العلماء: عقوبتُه سجنه حتّى يؤدّي. وعِرْضه أن يقول الطّالب: ظلمني ومَطَلَنِي، وهذا من باب قوله سبحانه: ﴿لَّا يُحِبُّ ٱللَّهُ ٱلْجَهْرَ بِٱلسُّوٓءِ مِنَ ٱلْقَوْلِ إِلَّا مَن ظُلِمَ﴾ الآية(1)، وهذا وإن كان إنّما نزل في الضّيف، فهو يشتمل على كلّ ظُلم.

والحَوَالَة مختصّةٌ بما نهى ﷺ من الكالىء بالكالىء، ومن الذّمة بالذّمة. وقد فسّره مالك في «الموطّأ»(2) فقال: «الكَالِىءُ بالكَالِىءِ، وهو أن يبيعَ الرّجلُ دَيْنًا له على رَجُلٍ بدَيْنٍ على رَجُلٍ آخَرَ».

وقال ابنُ حبيب(3): «هو النّسيئةُ بالنّسيئة وهي مهموزَةٌ ممدودةٌ(4)، وهو التّأخير، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلنَّسِىٓءُ زِيَادَةٌ فِى ٱلْكُفْرِ﴾ الآية(5)، وذلك تأخيرهم(١) تحريم المحرّم إلى صفر». وتفسير ما كره من الكالىء بالكالىء الغَرَر، وهو أنْ يحيلَه على غريمِه بِمَا لَهُ عليه من الدّين، ويحيله الآخر على غريمه له بمثل ذلك، فكأنّما قد أحالا على غَرَرٍ(6).

بَابُ
إِفْلَاسِ الْغَرِيمِ

مالك، عَنْ يَحْيَى(٢) بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَال(٣): «أَيُّمَا امْرِيءٍ(٤)

---

(١) في غريب الموطّأ: «إنّما هو تأخيرهم».
(٢) في الأصل: «مالك عن اللّيث عن يحيى» وهذا سَنَد التّرمذي والمثبت من الموطّأ.
(٣) «قال» زيادة من الموطّأ.
(٤) في الموطّأ: «رجل».

....

(1) النساء: 148، وانظر أحكام القرآن: 1/ 512 ـ 514.
(2) في السّلفة في العُروض (1927) رواية يحيى.
(3) في تفسيره لغريب الموطّأ: الورقة 83.
(4) تتمّة العبارة كما هي في كتاب ابن حبيب: «... والعرب تقول: أنسأ الله فلانًا أجله».
(5) التوبة: 37.
(6) في تفسير البوني: «فكأنّهما قد تغاررَا؛ لأن كلّ واحد منهما يقول: ذمّة المحال عليه أعسر من ذمّة غريمي، والله أعلم».

أَفْلَسَ، فَوَجَدَ رَجُلٌ سِلْعَتَهُ عِنْدَهُ بِعَيْنِهَا، فَهُوَ أَوْلَى بِهَا مِنْ غَيْرِهِ»[1].

قال الإمام[2]: وكذلك خَرَّجَهُ أبو داود[3]، غير أنّه زاد فيه: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ، فَوَجَدَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[4] ولم نَجِد في الصَّحيحِ ولا وُجِدَ فيهِ لِحُكْمِ الموتِ ذِكْرٌ.

وروى الدّارقطني[5] مثل ذلك وصحَّحَهُ وقال: وما زادَهُ[١] مالك من الأُسْوَةِ في الموت، هو من قول الرّاوي. وما رُوِيَ[٢] من استواء الموت والفلس لم يصحّ.

قد بيّنا أنّ قول مالك مبنيٌّ على صحّة القول بصحّة المراسيل من الأسانيد، وقد بيّنا أنّه صحّة[٣]؛ لأنّه ثقة عما نقل[6].

«الفَلَس»: العُدْمُ والقيام بالأمتعة[٤]، يقال: فَلِسَ يَفْلَسُ فَلَسًا[7].

الفقه في مسائل:

الأولى:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال[٥]:

---

(١) في الأصل: «وما زاد» والمثبت من العارضة.
(٢) في العارضة: «وما روي».
(٣) في الأصل: «حجّة» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.
(٤) كذا في الأصل، ولم نتبين المقصود.
(٥) وردت هذه الأقوال مضطربة في الأصل، وقد حاولنا إقامة النّصّ بالاستعانة بالعارضة: 6/ 19.

....

(1) هذا متن التّرمذي (1262) أما متن الموطّأ برواية يحيى (1979) فهو: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا، فَأَفْلَسَ الَّذي ابْتَاعَهُ مِنْهُ، ولم يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ من ثَمَنِهِ شَيْئًا، فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وإن مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، فَصَاحِبُ المَتَاعِ فِيهِ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ»، وانظر تعليق بشار معروف على الحديث.
(2) انظر القبس: 2/ 848 ـ 849.
(3) في سننه (3519، 3520م).
(4) كذا أورد المؤلّف هذه الرّواية في القبس: 2/ 849 ونسبها إلى أبي داود، ولم نجدها بهذا اللّفظ، والّذي وجدناه هو الحديث رقم (3520) عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن هشام، وألفاظه قريبة من ألفاظ التّرمذي.
(5) في سننه: 3/ 29، ولم يتكلّم عليه، كما أننا بحثنا في المطبوع من كتابه العلل فلم نجد للحكم على الحديث ذكرًا.
(6) انظر الفقرة السابقة في العارضة: 6/ 19.
(7) انظر التعليق على الموطّأ للوقّشي: 2/ 147، والاقتضاب لليفرني: 75/ ب ـ 76/ أ [2/ 170].

1 ـ الأوّل: أنّ من أفلس أو مات أنَّ السّلْعَة للغُرَمَاء هم فيها أُسْوَة، وكذلك رُوِيَ عن الشّافعيّ[1].

2 ـ الثّاني: أنّه أُسْوَة الغُرَمَاء، وقاله أبو حنيفة[2]، وإنّما عَوَّلَ على المعنى[١] دون الحديث، فلا يُلْتَفَت إليه ولا يُعَوَّل عليه.

3 ـ وعوّل مالك ـ رضي الله عنه ـ في هذه المسألة على الفرق بين الفلس والموت؛ *فإن الموت ليس فيه عن النّبيّ ﷺ نَصٌّ، وإنّما الخبر في الإفلاس، والفرق بين الإفلاس والموت*[٢] ظاهر؛ لأنّ الموت قد برئت[٣] به الذّمّة، وإذا أفلس أُخِذَ ذلك الدَّين ما بقي حيًّا. وأمّا الموت فقد انقطع منه الرّجاء وصارت أحكامه في الآخرة.

الثّانية[3]:

ومن ادّعَى الفقر وظاهرُه الغِنَى، وأقام بَيِّنَة لم يزكّها، لم يؤخذ منه حَمِيلٌ،[4] ويُسجَن حتّى يزكّيها، من «**كتاب ابن سحنون**» وذلك أنّه يدّعي خلاف الظّاهر من حاله. هذا لمن[٤] تَفَالَسَ وقال: لا شيء له. وأمّا إن سأل أن يؤخّر[5] فليؤخره الإمام حسب ما يرجو له، حكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون، وقال في «**كتاب سحنون**» إن سأل[٥] أن يؤخّره يومًا أو نحوه أخّره ويعطي حَمِيلاً بالمال، فإن لم يجد حَمِيلا سُجِنَ.

فرع:

ومدّة سجنه[6] تختلف باختلاف الدَّين فيما رواه ابنُ حبيبٍ عن ابن الماجِشُون،

---

(١) في الأصل: «إنما على غير المعنى»، والتصحيح بالاستئناس بالعارضة.
(٢) ما بين النجمتين ساقط من الأصل، وقد استدركناه من العارضة: 6/ 19.
(٣) في الأصل: «خربت» والمثبت من العارضة.
(٤) في الأصل: «لم» والمثبت من المنتقى.
(٥) في الأصل: «شاء» والمثبت من المنتقى.

....

(1) انظر الحاوي الكبير: 6/ 273.
(2) انظر مختصر الطحاوي: 95 ـ 96.
(3) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 81.
(4) أي كفيل وضامن.
(5) مع وَعْدِه بالقضاء.
(6) في المنتقى: «ومدّة سجن مجهول الحال».

فقال: يُحْبَسُ في الدُّرَيْهِمَاتِ قَدْرَ نصف شهر، وفي الكثير أربعة أشهُرٍ، وفي الوسط شهران[1].

الثالثة[2]:

قال علماؤنا[3]: ويُحبسُ الوصيُّ فيما على الأيتام[4] إذا كان لهم في يَدَيْه مالٌ، وكذلك الأب في دَيْنِ الولَد إن كان له بيده مالٌ، رواه ابن سحنون عن ابنِ عبد الحَكَم[5]، ومعنى ذلك: أنّه قبض له مالاً ولا يُعْلَم نفاذُه(١)، فلا يُقبل قولُه؛ لأنّه يَدَّعي خلافَ الظّاهر.

الرابعة[6]:

قال علماؤنا[7]: ويُحبسُ الأب إذا امتنع من الإنفاق على وَلَده الصّغير، ولا يُحبسُ في دَيْن الولَد، يريدُ إذا كان له عليه دَيْنٌ يطلبه به، وأمّا تركه الإنفاق عليه، فضرره يلحق الولد، وغيره يطلبه به.

فرع:

ويُحبسُ المسلمُ للكافرِ في الدَّيْن، رواه سحنون(٢)، ويُحبسُ السَّيِّدُ لمُكَاتَبِه في الدَّيْنِ.

---

(١) في المنتقى: «بقاؤه».

(٢) في المنتقى: «ابن حبيب» ولعلّه هو الصّواب.

....

(1) ووجه ذلك: أنّه سُجِنَ على وجه اختبار حاله، فوجب أن يكون على قَدْر الحقّ الّذي يُخْتَبر من أجله.

(2) هذه المسألة بفرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 81.

(3) المقصود هو الإمام الباجي.

(4) من دَيْن.

(5) أوضح اللخمي هذه المسألة في التبصرة: الورقة 46 [مخطوط الخزانة العامة بالرباط 645 ق] فقال: «ويفترق الجواب في حبس الأب، فقال ابن القاسم: لا يحبس الأب في دين الولد، وقال محمد ابن عبد الحكم: يحبس إذا امتنع من النّفقة على ولده الصّغير؛ لأنّ ذلك يضرّ بهم، وليس كدين الولد على أبويه. وقال أيضًا: يحبس الأب إذا كان في يده مال الولد، يريد إذا ألدّ عن تسليمه، إلاّ أن يكون المال عينًا، وله مال ظاهر يُقْدَرُ على الأخذ منه، فَيُؤْخَذ ولا يُحبس».

(6) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 81 ـ 82.

(7) المقصود هو الإمام الباجي.

ووجه ذلك: أنّ الحقوق لا تُعتبر[١] فيها الحرمة، إلاّ للوالد على ولَده فيما له عليه من الدَّين من حقّ الأُبُوَّة[٢] المُوجِبة للنّفقة[٣]، ويُحبسُ سائر القَرَابَاتِ من الأجداد وغيرهم[1].

الخامسة[2]:

فإذا ظهر أنّه لا مَالَ له، فعن ابن القاسم في «**العُتبِيّة**»[3] أنّه يحلّفه ويطلقه، رواه ابنُ حبيب عن مالك[4]، ومعنى ذلك: أن يشهدَ له الشُّهود أنّهم لا يعلمون له مالاً ظاهرًا ولا باطنًا، ويلزمه اليمين؛ لأنّ الشُّهود إنّما يشهدون على العلم، فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبتّ، كالرّجل يستحقّ الدّار، فيشهد الشُّهود له على علمهم أنّهم لا يعلمون فَوْتَه[5]، ويحلف هو على الباطن بالبتّ.

فرع:

وأمّا من ثبت فَلَسُهُ، فروَى ابنُ وهبٍ عن مالك في «**الواضحة**»[٤] أنّه لا يُحبس إن كان مُعْسِرًا لا شيءَ له، وفي «**الموّازية**»: إن عُلِمَ ألاّ شيءَ له، فلا يُحبس حرٌّ ولا عبد.

ووجه ذلك: قولُه تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ الآية[6].

ولا يُؤاجر المُفْلِس في دَيْنه[7]، خلافًا لابنِ حنبل.

ودليلُنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ الآية[8]. ومن جهة المعنى: أنّ الدَّيْن

---

(١) في الأصل: «لا يستمر» والمثبت من المنتقى.

(٢) في الأصل: «... الدّين الآخرة» والمثبت من المنتقى.

(٣) في الأصل: «المنفعة» والمثبت من المنتقى.

(٤) في الأصل: «الواضحات» وهو تصحيف.

....

(1) وزاد اللّخمي في التبصرة: الورقة 44 «وتُحبسُ النّساء في الدّين وغيره بموضع لا يكون فيه رجلٌ، والأمين عليهنّ امرأة مأمونة لا زَوْجَ لها، أوْلها زوجٌ مأمونٌ معروفٌ بالخيرِ».

(2) هذه المسألة مع فرعيها مقتبسة من المنتقى: 5/ 81 ـ 82.

(3) 10/ 419 من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم، من كتاب أوّله: نقدها نقدًا.

(4) في المنتقى: «رواه ابن حبيب عن مُطَرِّف عن مالك».

(5) أي اضطراب حالته المالية.

(6) البقرة: 280، وانظر أحكام القرآن: 1/ 245.

(7) انظر المعونة: 2/ 1183، والممهّد للقاضي عبد الوهاب: 152/ أ.

(8) البقرة: 280.

إنّما يتعلّق بالذّمّة دون عمله. قال محمّد: سواء كان حرًّا أو عبدًا مأذونًا[1].

فرع:

أمّا إذا عُلِمَ غِنَاهُ، وكان ذلك ظاهر أَمْرِه، ففي «الموّازية» و«العُتْبِيَّة»[2] أنه يُحبس حتّى يوفّي[3]، أو يتبيّن أنّه لا شيء له فيُطْلَق، قال مالك[4]: فإن شهد له ناسٌ أنّه لا شيءَ له، فلا يعجّل إخراجه حتّى يُستبرَأ أمرُه، قال: هذا مثل التّجار يأخذون أموال النّاس ثم يَدَّعون ذهابها، ولا يُعلَم ذلك إلاّ بقولهم، والفروعُ في هذا الباب أكثر من أن تُحصى، أو يأتي عليها الاستقصاء.

بَابُ
مَا يَجُوزُ مِنَ السَلَفِ

قال الإمام[5]: قد بيّنّا حِلَّ البَيْع وتحريمَ الرِّبا، وقرّرنا في قاعدة المعروف أنّه يجوزُ فيها من المسامحة في الزّيادة في المقدار والصّفة ما لا يجوزُ في البيع، لكونها خارجةً عن المُكَايَسَة، وهي داخلةٌ في باب المعروف، وقد فصَلَتْ الشّريعةُ بين الغَرَضين وجعلتهما قاعدتين، وقد أعطَى النّبيُّ عليه السّلام في القَرْضِ سِنًّا أفضلَ من السِّنّ، وقال: «خِيَارُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»[6] وهذا كما قال مالك[7]: «إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ شَرْطٌ، وَلاَ وَأْيٌ، وَلاَ عَادَةٌ».

قوله: «وَلاَ وَأْيٌ» الوَأْيُ: الوَعْدُ[8].

وقيل: هو إضمار في النّفس أو القلب.

قال[9]: فإنّه يخرُجُ حينئذٍ من باب المعروف إلى باب المعاوضَةِ التي يُعْتَبَرُ فيها

(1) أي مأذونًا له في التّجارة.
(2) 10/ 550 في سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم.
(3) أي يوفّي النّاس حقوقهم.
(4) في المدونة: 4/ 105 كتاب المديان.
(5) انظر هذا المدخل في القبس: 2/ 850.
(6) أخرجه البخاري (2305)، ومسلم (1601) من حديث أبي هريرة.
(7) في الموطأ (1988) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2695).
(8) انظر تفسير البوني للموطأ: 99/ أ، والاقتضاب: 76/ أ.
(9) القائل هو ابن العربي.

الرِّبا، ويجوزُ في المقدارِ إذا كان يسيرًا، فإن كان كثيرًا لم يَجُزْ، وعليه يُخَرَّجُ قولُ عمرَ بنِ الخطّاب: «فَأَيْنَ الحَمَّالُ[١]؟»[1].

الفقه في ثلاث مسائل:

الأولى:

قولُه[2]: «اسْتَسْلَفَ بَكْرًا فَقَضَى خِيَارًا رَبَاعِيًا» الحديث[٢].

و «الرَّبَاعِيّ»: الّذي سقطت رباعيته، وهو ابن سبع سنين[3].

فهذا[4] يدلّ على ثبوته في الذِّمّة بالصِّفة؛ لأنّه إنّما يضبط بها، ولولا ذلك لما جاز ثبوته في الذِّمّة عِوَضًا عما يستقرضه؛ لأنّه لا خلاف بأنّ عليه ردّ مثل ما استقرض، ووافقنا على ذلك أبو حنيفة[5]، وخالف في السَّلَمِ، وقد تقدّم.

الثّانية[6]:

قال علماؤنا[7]: والقرضُ يكون[٣] مؤجّلاً وغير مؤجّل، فإن كان مؤجّلاً لم يكن للقارض أن يطلبه قبل الأجل، وللمستقرض أن يدفعه متى شاء[8] إذا كان عَيْنًا.

---

(١) في الموطأ: «الحَمْلُ».

(٢) في الأصل: «رباعيا البكر الحديث لسن» ولم نتبين معناها فأثبتنا ما وُفِّقنا لفهمه.

(٣) في المنتقى: «يجوز».

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ بلاغًا (1989) رواية يحيى.

(2) أي قول أبي رافع في حديث الموطأ (1987) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب(2693)، وسويد (255)، وابن القاسم (172)، ومحمد بن الحسن (827)، والقعنبي عند الجوهري (349)، وعبد الرزاق في مصنفه (14158)، والشافعي في مسنده: 140، والحكم بن المبارك عند الدارمي (2568)، وابن وهب عند مسلم (1600)، وروح بن عبادة عند الترمذي، وابن الماجشون عند النسائي: 7/ 291، والتنيسي عند الطبراني في الكبير(913).

(3) هذا الشرح مستفاد من تفسير الموطأ للبوني: 99/ أ.

(4) كلامه حتّى آخر المسألة مقتبس من المنتقى: 5/ 96.

(5) يقول محمد بن الحسن في موطئه: 267 «وبِقَوْلِ عمر نأخذ، لا بأس بذلك إذا كان من غير شرط اشترطه عليه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله».

(6) هذه المسألة من المنتقى: 5/ 96.

(7) المقصود هو الإمام الباجي.

(8) قبل الأجل.

الثالثة[1]:

قوله[2]: «اسْتَسْلَفَ بَكْرًا» لا يخلو أن يكون[3] اقترضَهُ لنفسه، أو لغيره من أهل الصّدقة، فإن كان لنفسه، فلا تحلّ له الصَّدقة، ويحتمل هذا وجوهًا:

أحدُها: أن يكون منها[4] وقد بلغ محلّه، ثمّ صار[١] للنّبيّ عليه السلام بابتياعٍ أو غيره.

وإن كان اقترضه من أهل الصدقة لغيره، فلا إشكال فيه؛ لأنّه يقضي منها، كما يستقرض الوالي ليتيمه على مَالِهِ، غير أنّه لا يجوزُ أن يعطى من أموال المساكين ما هو[٢] أفضل ممّا أخذَ لهم[٣]، إلاّ أن يكون المُقرِض من أهل الصّدقة، فيكون الفضل صدقته عليه، وليس في الحديث ما يدلُّ على إخراج الزّكاة قبل الحَوْلِ، على قول من قال: إنّه اقترض للمساكين، وإنّما فيه أنّه استقرض لهم ممّن لا تجب عليه الصَّدقة.

بَابُ جَامِعِ الْبيُوعِ

قال: في هذا الباب حديثُ ابن عمر، أَنَّ رَجُلاً ذَكَرَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لاَ خِلاَبَةَ» قَالَ: وَكَانَ الرَّجُلُ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ لاَ خِلاَبَةَ. الحديث إلى آخره[5].

---

(١) في الأصل: «محله وصار» والمثبت من المنتقى.

(٢) «من أموال المساكين ما هو» زيادة من المنتقى.

(٣) «لهم» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 96.

(2) أي قول أبي رافع في حديث الموطأ السابق ذِكْرُهُ.

(3) أي النّبيّ ﷺ.

(4) أي من إبل الصّدقة.

(5) أخرجه مالك في الموطأ (1999) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2705)، وسويد (258)، ومحمد بن الحسن (788)، والقعنبي عند الجوهري (475)، والتنيسي وابن أبي أويس عند البخاري (2117، 6964)، وقتيبة بن سعيد عند النسائي: 7/ 252.

قال الإمام[1]: هذا الرّجل منقِذ بن عَمْرو الأنصاريّ المازني[2]، جدّ واسع بن حَبّان، وكان سببُ ذلك أنّه أصابتهُ في رأسِه في الجاهليّةِ مأمومة[3]، فغيّرت لسانه وبعض ميزه[4].

وقيل: إنّه حَبّان بن منقِذ، فقال له النّبيّ عليه السلام: «بِعْ، وَقُلْ: لاَ خِلاَبَةَ، وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ»[5].

فقال بعضُ النّاس: إنّ هذا خاصٌّ بهذا الرّجل لضَعْفِه عن التَّحرُّز.

وقد قال بعض العلماء: إنّ الحديث يُحملُ علىٰ عمومه حتى يخصّصه الدّليل القاطع.

الفقه في سبع مسائل:

الأُولى[6]:

روى عبدُ الوهّاب في «إشرافه»[7] أنه «إذا تبايع النّاسُ بما لا يُتَغَابَن بمِثْلِه[١] في العادة، وكان أحدهما مِمّن[٢] لا يخبر سعر[٣] ذلك المَبِيع[٤]، فاختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من يقول: لا خِيَارَ له، وبه قال أبو حنيفة[8] والشّافعيّ[9].

ومنهم من يقول: له الخِيَار إذا زاد الغبنُ على الثُّلُث، أو خرج عن[٥] العادة.

---

(١) في الإشراف: «إذا تَبَايَعَا بمالا يتغابن النّاس بمثله».

(٢) في الإشراف: «ممّا».

(٣) في الأصل: «بيع»، وفي المنتقى: «بسعر» والمثبت من الإشراف.

(٤) في الأصل: «البيع» والمثبت من الإشراف والمنتقى.

(٥) في الأصل: «من» والمثبت من الإشراف والمنتقى.

....

(1) ما عدا السّطر الأخير مقتبس من المنتقى: 5/ 108.

(2) انظر أخباره في الاستيعاب: 8/ 1451؛ والإصابة: 6/ 224.

(3) الأَمّةُ: النّسيان وذهاب العقل.

(4) انظر هذه الرواية مُسْنَدَةً في كتاب غوامض الأسماء المبهمة: 1/ 109 ـ 111.

(5) انظر المصدر السابق، وقد رجّح ابن عبد البر في الاستذكار: 21/ 99 القول الأوّل.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 108.

(7) 1/ 250 ـ 251 وقد تصرف الباجي في نقله من كتاب الإشراف.

(8) انظر مختصر الطحاوي: 74.

(9) انظر الحاوي الكبير: 5/ 66.

والدّليلُ على هذا القول: نهيُه ﷺ عن إضاعة المال، ونهيُهُ عن تلقّي السّلع»[1] فعلى هذا يكون الحديث عامًّا.

الثّانية: في الإشهاد على التّبايع

والأصل في هذه المسألة: الكتاب والسُّنّة، قال الله العظيم: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ﴾ الآية[2]، ثمّ نسخ الله ذلك[3] بقوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾[4]، ولم يذكر معه إشهاد، فلو ثبت الأمرُ على الأوّل ما جاز بيع لا يشهد فيه.

وقال أكثر العلماء: إنّه لم ينسخ ولكنّه حَضٌّ على الإشهاد، وَأَدَبٌ لا فرضٌ؛ ولأنّه احتياط، لأنّهم لا فرض عليهم فيه.

وقالت طائفة أخرى: يسقط فرض الإشهاد، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ الآية[5]، فكان هذا أقوى دليلاً على أنّه حضٌّ وأدبٌ واحتياطٌ، لا فرض ولا أمرٌ، وبهذا أقول.

وأشدّ ما فيه قول ابن عباس: «مَنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَى بَيْعِهِ فَقَدْ عَصَى»[6].

الثّالثة(١):

وأما حديث «العاريةُ مؤدّاة»[7] فليس في ذلك حديث صحيح يُعَوَّلُ عليه[8].

---

(١) في الأصل: «الثالث» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

....

(1) انظر المعونة: 2/ 1049.

(2) البقرة: 282، وانظر أحكام القرآن: 1/ 259.

(3) ردّ المؤلف في كتابه الناسخ والمنسوخ: 105 ـ 110 على من قال بنسخ هذه الآية، وأطال في الكلام عليها، فراجعه.

(4) البقرة: 275.

(5) البقرة: 283.

(6) لم نجده.

(7) أخرجه الطيالسي (1127)، وعبد الرزاق (7277، 14796، 16308)، وابن أبي شيبة (20562)، وأحمد: 5/ 267، وأبو داود (3565)، وابن ماجه (2398)، والترمذي(1265) وقال: «هذا حديث حسن»، والنسائي في الكبرى (5781)، من حديث أبي أمامة. وقد ضعفه ابن حزم في المحلّى: 9/ 172، وانظر نصب الراية: 4/ 57.

(8) وهو الّذي قرّره في العارضة: 6/ 21 حيث قال: «ليس في العارية حديث صحيح».

الرّابعة[1]: في بيع الخمر

أدخل التّرمذيّ[2] حديث أبي طلحة[١] وأنس في تحريم الخمر، وليس بصحيحٍ، وتَرَكَ[٢] حديث أبي سعيد وحديث ابنِ عبّاس وعائشة، وهذه الأحاديث الثّلاث تقطع العُذْرَ، وتقوم الحجّة بها، وإنّه لا يجوزُ بيع الخمر أصلاً.

فصل[3]

قال الإمام: ويتركّب على هذا إذا نجس الزّيت والعسل واللّبن بما يقع فيه من النّجاسات، فهل يحرمُ بيعُهُ أم لا؟

فعلى رواية العراقيين[٣] عن مالك في أنّ المائع[٤] كالماء في أحد القولين، وهو الصّحيح، ولا ينجّسه إلاّ ما غَيَّرَهُ، أو ينزل[٥] عن درجة الماء على كلّ قول، *أو ينجس بكلّ ما وقع فيه، فإذا جعلناه كالماء لا ينجّس إلاّ بتغيير، فلا كلام، وإن قلنا: إنّه بخلاف الماء*[٦] فاختلف علماؤنا فيه:

فمنهم من قال: يطهر.

ومنهم من قال: يُستصبح[٧] به في غير المسجد ويتحفّظ منه، وكلُّ ذلك مرويٌّ عن مالك، فإذا قلنا بذلك فإنّ بيعه يجوزُ[٨][4].

---

(١) في الأصل: «أبي صالح» وهو تصحيف، والمثبت من جامع التّرمذيّ، والثابت: «عن أنس عن أبي طلحة».

(٢) في الأصل: «وترد» والمثبت من العارضة.

(٣) في العارضة: «المدنيين».

(٤) في الأصل: «البيع» والمثبت من العارضة.

(٥) في العارضة: «ينزل» بدون «أو».

(٦) ما بين النجمتين استدركناه من العارضة ليستقيم الكلام.

(٧) في العارضة: «ينتفع».

(٨) في الأصل: «لا يجوز» والمثبت من العارضة.

....

(1) انظرها في العارضة: 5/ 295.

(2) في جامعه (1293)، والحديث أخرجه الطبراني في الكبير (4712)، والدارقطني في سننه: 4/ 265.

(3) انظره في العارضة: 5/ 301 ـ 302.

(4) تتمة الكلام كما في العارضة: «لأنّا قد بيّنّا أنّ كلّ منفعةٍ مأذون فيها شرعًا جاز بيعُها وأخذ =

الخامسة: في كره بيع المغنّيات[1]

ذكر فيه الترمذي[2] حديث أبي أُمَامَةَ عن النَّبيِّ عليه السّلام قال: «لاَ تَبِيعُوا الْمُغَنِّيَاتِ[١]، وَلاَ تَشْتَرُوهُنَّ، وَلاَ تُعَلِّمُوهُنَّ، وَلاَ خَيْرَ فِي تِجَارَتِهِنَّ[٢]، وَثَمَنُهُنَّ حَرَامٌ»، وفي مثل ذلك نَزَلَتْ: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ ٱلْحَدِيثِ﴾ الآية[3].

قال الإمام: وقد بيّنّا الآية في «**كتاب الأحكام**»[4].

وأمّا حديث عليّ بن يزيد، فضعيفٌ[5].

وأمّا بيعُ المغنّياتِ، فينبني على أنّ الغناء[٣] حرامٌ أو حلال، **وليس الغناءُ بحرام**، فإنّ النّبيّ عليه السّلام سمعه في بيته وبيت غيره، وقد وقف عليه في حياته، فإن زاد فيه أحدٌ على ما كان في عهد النّبيّ عليه السّلام، مثل غناء دفٍّ يضرب عليه نغمة بديعة[٤]، فقد دخل في قوله: «مِزْمَارُ الشَّيْطَانِ فِي بَيْتِ رَسُولِ اللَّهِ»[6] إنّما يكون ذلك مثل الطُّنْبُور[7]

---

(١) في جامع الترمذي: «القينات».

(٢) في جامع الترمذي: «في تجارة فيهن».

(٣) في الأصل: «البيع» والمثبت من العارضة.

(٤) في العارضة: «مثل عودًا يصوّت عليه نغمة».

....

= العوض عنها، وكذلك العسل واللّبن إذا نجسا جاز الانتفاع بهما... وليس ذلك إلاّ مبنيٌّ على اختلاف العلماء لتعارض الأدلّة عليه، فلا ينزل منزلة من قال: الدّليل قطعًا على إبعاده ووقع الرّدع والزّجر عنه وعظم الوعيد فيه كالخمر والخنزير».

(1) انظرها في العارضة: 5/ 281 ـ 282.

(2) في جامعه (1282)، (3195)، والحديث أخرجه أيضًا الحميدي (910)، وأحمد: 5/ 225، والطبراني في الكبير (7805).

(3) لقمان: 6.

(4) 3/ 1493 ـ 1494.

(5) قال الترمذي في جامعه معلّقًا على الحديث المذكور: «حديث أبي أمامة [الذي رواه عليّ بن يزيد، عن القاسم، عن أبي أمامة] غريبٌ، إنما نعرفُه مثلَ هذا من هذا الوجه، وقد تكلّم بعضُ أهل العلم في عليّ بن يزيد وضعّفهُ، وهو شاميٌّ».

(6) أخرجه البخاري (952)، ومسلم (892) من حديث عائشة.

(7) هو آلة من آلات الطَّرَبِ ذات عنق وأوتار، انظر كتاب الملاهي وأسمائها للمفضّل بن سلمة: 14.

وشبهه، فلابدّ من تحريمه[1]، فإنّها كلّها آلات تتعلّق بها قلوب الضّعفاء[2].

وقال علماؤنا: من اشترى جاريةً فظهر عنده أنّها قَيْنَة، فله الخِيَار، ولو كان عندهم بيعها غير جائز لحكموا بفَسْخِه ولم يجعلوا له الخِيَار، والله أعلم.

السّادسة: في حكم المكيال والميزان[3]

روى التّرمذيّ[4]، عن عِكْرِمَةَ، عنِ ابنِ عَبَّاسٍ قال: قال رسولُ الله ﷺ لأصحاب الكَيْلِ والميزانِ: «إِنَّكُمْ قَدْ وُلِّيتُمْ أَمْرَيْنِ هَلَكَتْ بِهِمَا(١) الأُمَمُ السَّالِفَةُ قَبْلَكُمْ» والحديثُ ضعيفٌ، والصّحيحُ وَقْفُهُ على ابنِ عباس موقوفًا مقطوعًا[5]، رواه مالكٌ[6] عن ابنِ عبّاس فقال: «مَا نَقَصَ قَوْمٌ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِلاَّ قَطَعَ عَنْهُمُ الرِّزْقَ».

قال علماؤنا: أراد بذلك كثرة الرّزق أو المال بغير طريقه، فقطع الله عليهم الرّزق من غيره.

السّابعة[7]:

قال النّبيُّ عليه السّلام: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَالْمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ»[8].

---

(١) في العارضة: «فيهما»، وفي جامع الترمذي: «هلك فيهما».

....

(1) يقول أبو بكر الطرطوشي في كتاب تحريم الغناء والسماع: 166 «فأما العود والطّنبور وسائر الملاهي فحرام، ومستمعه فاسقٌ».

(2) الّذي في العارضة ـ بعد إيراد الحديث الشّريف ـ: «وإن اتّصل نقر طنبور به فلا يؤثّر أيضًا في تحريمه، فإنّها كلها آلات تتعلّق بها قلوب الضّعفاء، وللنفس عليها استراحة وطرح لثقل الجدّ الّذي لا تحمله كل نفس ولا يتعلّق به قلب، فإن تعلّقت به نفس فقد سمح الشّرع لها فيه».

(3) انظرها في العارضة: 5/ 222 ـ 223.

(4) في جامعه (1217)، وأخرجه أيضًا الطبراني في الكبير (11535)، والحاكم: 2/ 31.

(5) يقول الترمذي في التعليق على الحديث المذكور: «هذا حديث لا نعرفُه مرفوعًا إلاّ من حديث حسين بن قيس، وحسينُ بنُ قيسٍ يُضَعَّفُ في الحديث. وقد رُوِيَ هذا بإسناد صحيحٍ عن ابن عبّاس موقوفًا».

(6) في الموطأ مُطَوَّلاً (1323) رواية يحيى.

(7) انظرها في العارضة: 5/ 223.

(8) أخرجه عبد بن حميد (803)، والنسائي في الكبرى (2299) بإسناد جيد كما قال ابن الملقن في تحفة المحتاج: 2/ 58، كما أخرجه الطبراني في الكبير (13449)، وأبو نعيم في الحلية: 4/ 20، والبيهقي: 6/ 31، وابن حزم: 11/ 353، كلهم من حديث ابن عمر.

وقال: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُمْ فِي صَاعِهِمْ وَمُدِّهِمْ»[1].
وقال مالك لأشهب: «الْبَرَكَةُ فِي صَاعِنَا أَكْثَر مِمَّا عِنْدَكُمْ».

تَمَّ الكِتَابُ[١]

---

(١) هنا ينتهي السّقط الطويل في نسخة «جـ».

....

(1) سبق تخريجه صفحة: من الجزء: .

كتاب المُسَاقاة

الإسناد:

قال الإمام: أرسلَ مالكٌ في «الموطأ»[1] حديثَ المساقاةِ ولم يُسْنِدْه، وأَسْنَدَه أبو داود[2]، عن أحمد بن حنبل، عن يحيى بن سعيد القطّان، عن نافع عن عبد الله بن عمر، أنّ رَسولَ الله ﷺ عامَلَ خَيْبَرَ بشَطْرِ ما يخرجُ منها من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ. الحديث[3].

تنبيه:

قال الإمام: لم يُدخل مالك هذا الحديث في «الموطّأ» من أجل حديث رافِع بن خَدِيجٍ؛ أنّ النّبيّ ﷺ نهى عن كِرَاءِ المَزارعِ[4] بغير ما يخرجُ منها من الطّعام، وإنّما ساقَى النّبيّ ﷺ أهل خَيْبَر من أجل اشتغاله عنها بالجهاد في سبيل الله، وأمرَ بخَرْصِ ثَمَرِها على اليهودِ من أجل أنّه لم يأمنهم عليها.

وقال علماؤنا: ليس العمل على حديث عبد الله بن رواحة في المساقاة[5] في خرصه على اليهود، ولا تصحُّ القِسْمَةُ في المُسَاقاة إلاّ كَيْلاً، إلاّ أن تختلفَ حاجةُ المساقينَ، مثل أن يريدَ أحدُهما أن يبيعَ نَصِيبَه من الثّمرة، ويريد الآخر أن يأكلَها ولا يبيعها، فيقسمانها حينئذ بالخرص. وليس العملُ في المساقاة أن يكون إلاّ لأَجَلٍ معلومٍ، كما قال النّبيّ ﷺ لأهل خيبر: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ عَلَى أَنَّ الثّمرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ»[6].

....

(1) الحديث (2049) رواية يحيى، فقد رواه مالك عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيِّب، مُرْسَلاً. وكذلك الحديث (2050) رواية يحيى، فقد رواه مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يَسَارٍ، مرسلاً.

(2) في سننه (3408م).

(3) والحديث متّفق عليه، أخرجه البخاري (2329)، ومسلم (1551).

(4) أخرجه مالك في الموطأ (2073) رواية يحيى.

(5) الذي أخرجه مالك (2050) رواية يحيى.

(6) أخرجه مالك (2049) رواية يحيى.

ولا تكون المساقاةَ إلاّ لأجلٍ معلوم، ويُكْرَهُ فيها ما طال من السِّنين، ولا بأس بالعشر سنين فدونها[1]، على ما يأتي بيانُه إن شاء الله.

الأصول[2]:

اعلموا ـ وَفَّقَكُم اللهُ ـ أنّ عَقْدَ المُسَاقاةِ مَرْفِقٌ في الشّريعة، ورحمة[١] من الله تعالى، وهو أيضًا مُسْتَثنًى من البيوعاتِ للضّرورةِ والحاجةِ.

وقال قوم: هو مُسْتَثْنًى من الإجارةِ المجهولةِ العَمَلِ[٢] للحاجة. ثَبتَ عن النّبيّ ﷺ في الصّحيح؛ أنّه قَالَتِ الأَنْصَارُ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، اقْسِمْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ إِخْوَانِنَا الْمُهَاجِرِينَ النَّخِيلَ، قَالَ: «لاَ» قَالُوا: فَيَكْفُونَنَا الْمَؤُونَةَ وَنَشْرَكُهُمْ فِي الثَّمَرَةِ. قَالُوا: سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا[3].

وثبتَ عنه ﷺ أنّه ساقَى أهل خَيْبَرَ بشَطْرِ ما يخرُجُ منها من نَخْلٍ وزرعٍ[4]، وكان بين النّخيل بياضٌ، فكان لَغْوًا.

وقال أبو حنيفةَ: المساقاةُ باطلةٌ[5]، وعُذْرًا له فإنّه[٣] **كان ضعيفًا في الحديث**، ذُكِرَتْ[٤] له قصّة خَيْبَرَ فقال: إنّ اليهودَ كانوا رقيقًا للنّبيّ ﷺ، فجعل رقيقَهُ في ماله عُمْلَةً[٥] فيه، وجعَلَ لهم نصف الثّمر أرزاقًا لهم. واحتجّ بقوله عليه السّلام: «مَنِ اسْتَأْجَرَ

---

(١) في القبس: «ورخصة».
(٢) ف: «والعمل».
(٣) ف، ج: «المساقاة باطل وغَرَرٌ، وإنّه» والمثبت من القبس.
(٤) ف، ج: «فذكرت» والمثبت من القبس.
(٥) ج: «عمل» ولعلها: «عمله».

....

(1) الذي في المدونة: 4/ 8 كتاب المساقاة، في المساقاة سنين، قال سحنون لابن القاسم: «أرأيت المساقاة أتجوز عشر سنين؟ قال: قال مالك المساقاة سنين جائزة، فأمّا يحدد بعشر سنين أو ثلاثين أو خمسين، فلا أدري ما هذا! ولم أسمع من مالك فيه شيئًا، وأمّا ما لم يكثر جدًا فلا أرى به بأسًا».
(2) انظره في القبس: 3/ 861 ـ 863.
(3) أخرجه البخاري (2325) من حديث أبي هريرة.
(4) سبق تخريجه.
(5) انظر مختصر الطحاوي: 127، ومختصر اختلاف العلماء: 4/ 21.

أَجيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أُجرته»[1] والسُّنَن لا تُقاس برأيٍ، ولا تُعارَضُ بقياسٍ، والمساقاةُ من عمل أهل المدينة[2].

قلنا: لو عرَفَ الحديثَ لَمَا قال هذا، وقد كان النّبيُّ صلى الله عليه بَيَّنَ للمسلمين أن بقاءَهُم في الأرض إنّما هو للمسلمين، إن شاءوا أن يُبْقُوهُم أبقَوْهُم، وإن شاءوا أن يُخرِجُوهُم أخرجوهُم، ولو كانوا رقيقًا ما صَحّ(١) ذلك، وكلامهُم أقلُّ من أن يُتكلَّم عليه.

ومسائلُ المساقاةِ عويصةٌ(٢)؛ لأنّها رخصةٌ مخصوصةٌ، وإذا ثبتَ الأصلُ قياسًا مُعَلَّلًا(٣)، أمكنَ تعليلُه واطَّردَتْ فروعُه، وإذا ثبتَ رخصةً(٤)، عَسُرَ الضَّبطُ فيه، واضطَرَبَتْ آراء المجتهدين عليه، ولذلك(٥) أَطْنَبَ مالكٌ في المساقاة، وذَكَرَ منها مسائلها وفروعها، اتَّبعَ فيها كلِّها الأثرَ وبِمَا وَجَدَ من العملِ.

ومن أمّهاتِ مسائِلها أنّ المُسَاقاةَ تجوزُ في كلِّ شجرةٍ[3].

وقال الشّافعيُّ[4]: لا تجوز إلاّ في الأصولِ(٦) من النّخيل والكُروم؛ لأنّها رخصةٌ، فاقْتُصِرَ بها على مَوْرِد النَّصِّ.

قلنا له: مهلاً عليك، إنّما وَرَدَتْ في النّخيل، فلم عدَّيْتَها إلى الكَرْمِ ؟ والأصلُ في كلِّ رخصةٍ في الشّريعة أن يكون ما في معناها لاَحِقًا بها، ممّا يُتَفَطَّنُ له قبلَ النَّظَرِ في العِلّةِ، وقد بيّنّا ذلك في «**أصول الفقه**» وخصوصًا عندنا وعند الشّافعيّ، ولهذا قلنا: إنّه تجوزُ المساقاةُ في الثّمرةِ بعدَ ظهورِها.

---

(١) القبس: «صلح».
(٢) ف، جـ: «عريضة».
(٣) ف، جـ: «مقاسًا مقالاً» والمثبت من القبس.
(٤) ف، جـ: «رفضه» والمثبت من القبس.
(٥) ف: «وكذلك».
(٦) جـ: «الأصل».

....

(1) رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة: 89 من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة، والحديث أخرجه عبد الرزاق (15023)، وانظر تلخيص الحبير: 3/ 60، ونصب الراية: 4/ 131.
(2) الكلام من أوّل الحديث النبويّ مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 109/ب، وتتمة الكلام في الكتاب المذكور هي: «ينقله صغيرهم عن كبيرهم من عهد النبي ﷺ وهلم جرّا».
(3) انظر التفريع لابن الجلاب: 2/ 201، والمعونة: 2/ 1132، والممهّد للقاضي عبد الوهاب: 11/أ.
(4) في الأم: 8/ 19 (ط. قتيبة).

وقال الشّافعيُّ[1]: لا تجوزُ.

ودليلُنا: أنّ ما بعد الظّهور في معنى ما قبلَ الظّهورِ؛ لأنّ المقصودَ كفايةُ العاملِ لربِّ المالِ[١]، وهذا يستوي فيه ما قبلَ الظّهورِ وما بعده، ولذلك قال ابنُ القاسم[2] وغيرُه خلافًا لسُحنون[3]: إنّ المُسَاقاةَ تجوزُ في الثّمرةِ[٢] بعد طِيبِها؛ لأنّ الحاجةَ[٣] في المساقاةِ بعدَ طِيبِها كالحاجة إلى المُسَاقاةِ قبل طِيبِها، إذ الشّجرة مُفْتقِرَةٌ إلى العمل من أوّل ما تُغرَسُ إلى أوّلِ ما تُجذّ ثمرها، أو من أوّل ما يُؤخَذ منها[٤] إلى أن تستحصد ثمرتها[٥]، ولذلك اتّبع مالكٌ الأثرَ حين[٦] قال: تجوزُ المساقاةُ في خمسة أَوْسُقٍ من تَمْرِ بين العامل وصاحب النّخل، وإن كان نصيبُ كلّ واحدٍ منهما يقصُرُ عن النّصاب بخلاف سائر الأموالِ الزّكاتية[٧][4]؛ لأنّ عبد الله بن رواحةَ كان يَخْرُصُ ويأخُذُ الزّكاةَ ممّا يجبُ، ولا يسألُ عن الشُّرَكَاءِ[5].

وقد بنى علماؤنا هذه المسألةَ على أنّ العامِلَ في المُسَاقاةِ متى يَمْلِكُ حِصَّتَه؟

فقيل: لا يملِكُها حتّى يقبِضَها، فتنبني هذه المسألةُ على أنّ العاملَ لا يَمْلِكَ ذلك حتّى يقبِضَها، والأوّلُ أقوى في الدّليلِ.

وقد خَرَجَ ابنُ القاسم[6] عن هذا الأصل فقال: لا تجوزُ مساقاةُ النّصرانيّ في كَرْمِكَ

---

(١) القبس: «لرب العمل».

(٢) ف: «الثّمر»، ج: «التّمر» والمثبت من القبس.

(٣) ف، ج: «العادة» والمثبت من القبس.

(٤) ف: «ما يتأخّر منها»، القبس: «ما تحاول خدمتها».

(٥) ج: «ثمرها».

(٦) ف، ج: «حتى» والمثبت من القبس.

(٧) ف، ج: «الكائنة» والمثبت من القبس.

....

(1) في المصدر السابق.

(2) انظر المدونة: 4/ 5، والمعونة: 2/ 1137.

(3) انظر قول سحنون في الممهّد للقاضي عبد الوهاب: 13/أ، والمقنع لابن مغيث: 275.

(4) نسبة إلى «الزكاة»، وهو لحن، والصّواب «الزّكويّة».

(5) انظر هذه المسألة في الممهد للقاضي عبد الوهاب: 13/ ب، والمعونة: 2/ 1137.

(6) في المدونة: 4/ 11 في مساقاة المسلم حائط النّصراني، وفي مساقاة النّصراني حائط المسلم.

إلاّ إذا أَمِنْتَ أن يَعْصِرَهُ خمرًا.

والنّبيُّ عليه السّلام قد سَاقَى أهلَ خيبرَ كلَّهم، وهم كفّارٌ بأجمعهم، وفيهم من لا يُؤمَنُ أن يتَّخِذَ ثمره خمرًا، بل جميعُهُم لا يُؤمَنُ عليه ذلك، فصحَّ أنّ هذه الرّوايةَ في نهاية الضَّعفِ.

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأُولى[1]:

قال الفقهاءُ أجمع: المساقاةُ لازمةٌ، وذلك أن يدفعَ الرّجلُ حائطَه فيه النّخل والشّجر إلى العامل ليخدم ذلك بما يحتاج إليه من الخدمة، بجزءٍ من الثَّمَرِ[١] معلومٍ. إمّا أن يكون بينهما بنصفين، أو على الثُّلُثِ، أو الرُّبُعِ، أو نحو ذلك، والزّكاة من الجميع قبل القِسْمَةِ[2].

المسألة الثّانية[3]:

اختلَفَ العلماءُ في افتتاح خيبر:

فقال بعضُهم: افتتَحَها عَنْوَةً[4].

وقال آخرون: افتتح بعضها عَنْوَة وبعضها صُلْحًا[5].

والصّحيح أنّه افتتحها عنوة، فكان النّصف لله والرّسول، والنّصف الآخر للمسلمين.

المسألة الثّالثة:

والمساقاةُ عند مالك جائزة في الأصول كلّها ممّا يتّصل ثمره[6]، وكذلك

---

(١) ف: «الثّمرة» وفي الخصال: «الثمار».

....

وانظر المعونة: 2/ 1138.

(1) هذه المسألة مقتبسة من الخصال الصّغير لابن الصّوّاف: 76.

(2) انظر الممهد للقاضي عبد الوهاب، باب صفة المساقاة: 12/ب، والمعونة: 2/ 1132.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 118.

(4) بدليل ما رواه البخاري (371) من حديث أنس.

(5) من الذين قالوا بهذا الرأي البوني في تفسير الموطأ: 109.

(6) قاله في الموطأ (2058) رواية يحيى، ورواية أبي مصعب (2406).

المقاثي[1]، والورد والياسمين[2]، ولم تَجُزْ المساقاةُ في الموز والقصب[3]؛ لأنّ ذلك يأتي بطنا بعد بطن، بخلاف سائر الأموال، والله أعلم.

(1) قاله مالك في المدونة: 4/ 13 في مساقاة المقاثي.
(2) قاله في المصدر السابق في مساقاة كل ذي أصل والياسمين والورد.
(3) قاله مالك في المدونة: 4/ 14 في مساقاة الموز.

كتاب[١] الشُّفعَةِ[1]

الإسناد:

ذكر مالك في «الموطّأ»[2] حديثَ الشُّفعَةِ مُرْسَلاً[3]، وأحاديثُ الشُّفعَة أربعةٌ:

الحديثُ الأوّل: عن جابر، قال رسولُ الله: «إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ، فَلاَ شُفْعَةَ»[4].

الحديثُ الثّاني: حديث الحسن، عن سَمُرَة: «جارُ الدّارِ أحقُّ بالدَّارِ[٢]»[5].

الحديثُ الثّالث: عن جابر: «الْجَارُ أَحَقُّ بشُفْعَتِهِ، يَنْتَظِرُهُ إِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا»[6].

---

(١) هنا تبدأ نسخة م وفي مطلعها: «بسم الله الرحمن الرحيم، صلى الله على محمد وعلى آله وسلم تسليمًا».

(٢) م: «أحق بشفعته» وهي رواية الدارقطني في جزء أبي طاهر محمد بن أحمد (51).

....

(1) نقل ابن الزّهراء هذا الكتاب كاملاً في الممهّد الكبير: الورقة 54 ـ 56 ما عدا أواخر المسألة السابعة فلم ينقله.

(2) الحديث (2079) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2371)، ومحمد بن الحسن (855)، وانظر التعليق المستفيض للأستاذ بشار عواد معروف ففيه فوائد.

(3) وقد رواه جملة من أصحاب مالك، انظرهُ في التمهيد: 7/ 44.

(4) أخرجه بهذا اللفظ الترمذي (1370) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» وأصل الحديث في البخاري (2257).

(5) أخرجه الطيالسي في مسنده (904)، وابن أبي شيبة في مصنَّفِهِ (22720)، وأحمد: 5/ 8، 12، وأبو داود (3517م)، والترمذي (1368) وقال: «حديث سَمُرَة حديث حسنٌ صحيح»، وابن الجارود (644)، والطبراني في الكبير (6920)، والبيهقي: 6/ 106.

(6) أخرجه الطيالسي في مسنده (1677)، وابن أبي شيبة (22721)، وأحمد: 3/ 303، والدارمي (2630)، وأبو داود (3518م)، وابن ماجه (2494)، والترمذي (1369) وقال: «هذا حديث حسن غريب، ولا نعلم أحدًا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر. وقد تكلّم شُعْبَة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث»، والطبراني في الأوسط (8399).

الحديث الرّابع: عن ابنِ عبّاس - رضي الله عنه - أنّه قال: «الشَّفِيعُ شَرِيكٌ - أو قال - الشَّرِيكُ شَفِيعٌ، والشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ»[1].

قال الإمام: إسنادُها وقع في «**البخاري**»[2] و«**مسلم**»[3] عن جابر: «أنّ النّبيّ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ مَالَمْ يُقْسَمْ، فَإِذا وَقَعَتِ الْحُدُودُ، وَصرفت الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ» وهذا اللّفظ للبخاريّ، وقال مسلم(١): «قَضى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ عَلَى كُلِّ(٢) شِرْكَةٍ مَا لَمْ تُقْسَم الأرض، أو رَبْعٍ - وفي رواية: أو رَبْعَةٍ - أو حائط، لا يَحِلُّ له أن يبيعَ حتى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فإن شاء أخذَ، وإن شاء تَرَكَ، فإن باعه ولم يُؤْذِنْهُ فهو أحقُّ به».

ونحوه لأبي داود[4] فقال: «الجَارُ أَحَقّ بصَقَبِه» وفي «**البخاريّ**» كذلك[5].

فهذه أحاديث الشُّفعة الصّحاح الّتي أصّلَ عليها هذا الكتاب.

العربيّة[6]:

الصَّقَب: القُرْبُ، ويُكْتَبُ بالصّاد والسّين[7].

والرَّبْع: المنزلُ، وتأنيثه رَبْعة[8].

والحائطُ: البستانُ الحاوي للشّجر، نخل أو سواه(٣).

---

(١) في الممهّد: «قال رسول الله ﷺ».

(٢) في الممهّد: «في كل شركة».

(٣) في الممهّد: «أو سواد».

....

(1) أخرجه الترمذي (1371)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 125، والطبراني في الكبير (11244)، والدارقطني: 4/ 222، والبيهقي: 6/ 109، وابن حزم في المحلّى: 9/ 84، وانظر نصب الراية: 4/ 177.

(2) الحديث (2213) بلفظ: «جعل رسولُ الله ﷺ الشفعة في كل مال لم...».

(3) الحديث (1908).

(4) في سننه (3516م).

(5) الحديث (2258) عن عمرو بن الشريد.

(6) انظر كلامه في العربية في العارضة: 6/ 130.

(7) انظر غريب الحديث للحربي: 3/ 1115.

(8) انظر غريب الحديث لأبي عبيد: 4/ 385.

الأصول[1]:

اختلف العلماء - رضوانُ الله عليهم - في عِلّةِ الشُّفعَةِ بعد اتِّفاقِهم على أنّ أصلَها موضوعٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ:

فمنهم من قال: العِلّةُ الضَّرَرُ(١)، يعني ضَرَر الخُلَطاء، وعدّاها إلى الجار، وهو أبو حنيفةَ وأهلُ العراق.

ومنهم من قال: إنّها لضَرَرِ الشَّركة، وذلك فيما(٢) يَلْزَمُ من مؤونة القِسْمَة.

وقال أبو المعالي الجويني في ذلك قولاً بديعًا لم يُسْبَق إليه[2] في **«كتاب الأساليب»** فقال: «الأخذُ بالشُّفْعَةِ غيرُ معلَّلٍ؛ لأنه فَسْخٌ قهريٌّ يترتَّبُ على عَقْدٍ اختياريٍّ أَذِنَ الشّرعُ(٣) فيه، وهذا ما لا نظيرَ له في الشّريعةِ، وإنّما شَرَعَهُ الله تعالى بما عَلِمَ من الحِكَم لا لعلّةٍ(٤) نَصَبَهَا عَلَمًا» وهذا الّذي أشار إليه لا يَصِحُّ عند أكثر(٥) العلماء؛ لأنّ الحُكْمَ إذا وَرَدَ في الشّريعة وظَهَرَ تعليلُه وعُلِمَتْ فائدَتُه، وجَبَ البناءُ عليها، وتعيَّن العملُ بها، وقد ظهَرَت علّةُ الضَّرَرِ في الشُّفْعَةِ(٦) ظُهورًا جليًا، ووافَقْنا على التّفريع عليها، ولو كان الأخذُ بالشُّفْعَةِ تعبُّدًا ما فُرِّعَ ولا رُكِّبَ عليها، وتعليلُ الشُّفْعَةِ في كُتُبِ الشّافعيّة أعظمُ ممّا في كُتُبِنا(٧)، وقد كانت الأموال الرِّبَوِيّة أَوْلَى بالتّعليل منها.

---

(١) م: «فمنهم من منعها لعلّة الضرورة»، وفي الممهّد: «فمنهم من قال: العلة الضرورة».

(٢) في الممهّد: «مما».

(٣) ف، جـ والممهّد: «الشريعة».

(٤) م، جـ: «بعلّة».

(٥) في القبس: «كافة».

(٦) في الممهّد: «علة الضرورة في الشركة».

(٧) في الممهّد: «أعظم مما كتبنا».

....

(1) انظر كلامه في الأصول في القبس: 2/ 854.

(2) الذي في القبس: «قال أبو المعالي الجويني قولاً لم يُسْبَق إليه، وروى عنه إسماعيل الطّوسي وغيره، وذكره لنا عنه محمد بن طاهر الزنجاني الشهيد في كتاب العمد، وأشار إليه في الأساليب».

الفقه في اثنتي عشرَة مسألة:

المسألة الأُولى[1]:

اتّفقَ علماءُ الأمصارِ على أنّ الشُّفْعَةَ إنّما تكونُ في العَقَارِ دُونَ المنقولِ، لِمَا قدّمناه من أنّ الشُّفْعَةَ إنّما ثَبَتَتْ لضَرَرِ مؤنَةِ القِسْمَةِ، وذلك يختصُّ بالعَقَارِ دون المنقول، إذ مِنَ المنقول ما لا يُقسم بحالٍ، وما ينقسِمُ منه فلا مُؤنَةَ فيه.

وانفردَ مالكٌ عن جمهورِ(١) العلماء بفرعين:

أحدُهما(٢)، أنه قال: الشُّفْعَةُ في الثّمار[2]، وهي من المنقولات.

وقال سائرُ العلماءِ: كلُّ منقولٍ لا شُفْعَةَ فيه كالعُرُوضِ.

وهٰذا قياسٌ جليٌّ، وعَوَّلَ مالكٌ ـ رحمه الله ـ على ركنين:

أحدهما: أنّ(٣) الثّمرةَ وإن كانت مقطوعةً منقولةً فإنّها بأصلها من العَقَارِ تابعةٌ(٤)، عنها نشأت، وفيها نبتت(٥)، فما دامت متّصلةً بها فحُكْمُها حُكْمُها، أَوَ لا ترى أنّ الأغصانَ والأوراقَ فيها الشُّفْعَةُ تابعةٌ للأُصول، وهي تَفصُلُ(٦) عنها وتُقْطَعُ(٧) منها.

الرّكنُ الثّاني ـ وهو خَفِيٌّ ـ: أنّ النّبيَّ ﷺ أَرْخَصَ في بَيْع العَرَايَا، واستثناها من الرِّبَا لضَرَرِ المداخلة، وكذلك ضَرَرُ المداخلة في الثّمرة مثلُه عندَ القضاءِ بالشُّفْعَةِ.

الفرعُ الثّاني: قال مالكٌ: ما لا يُقْسَمُ من العَقَارِ إلاّ بفسادِ هيئتِهِ وتغيُّرِ صِفَتِهِ لا(٨)

---

(١) في الممهّد: «جميع».
(٢) في الممهّد: «الفرع الأوّل».
(٣) في الممهّد: «الركن الأول: إنّما».
(٤) وفي الممهّد: «ثابتة» ف: «نابعة».
(٥) ج، م: «بقيت».
(٦) م، القبس: «تنفصل».
(٧) ج، القبس: «وتنقطع».
(٨) في الممهّد: «فلا».

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 855 ـ 856.
(2) رواه عنه ابن القاسم في المدونة: 4/ 207 باب ما لا تقع فيه الشُّفعة، وانظر المعونة: 2/ 1268.

شُفْعَةَ فيه[1]، كالحمَّام والبئر، وذلك لِفقهٍ[١] بديع لم يتفطَّنْ له سواه، وذلك أنّ الشُّفْعَةَ وُضِعَت - كما قلناه - لدَفْعِ الضَّرَرِ في القِسْمَة، والخَسَارةُ[٢] في تَغْيِيرِ هَيْئَةِ الحمام والبِئْرِ أكثَرُ منها في مؤنة القسمةِ[٣]، فكيف يُدفَعُ ضَرَرٌ[٤] بأعظَمَ منه، وإنّما يُرْفَعُ أعظَمُ الضَّرَر[٥] بأهونَ منه، وهذا بيِّنٌ لمن تأمَّلَهُ، ولهٰذا قلنا: إنّ رواية المصريِّين أقوَى، ولم يكن في قول الله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا﴾ الآية[2] متعلّقٌ؛ لأنه عُمومٌ تخصُّهُ قاعدةُ الضَّرَرِ والفسادِ المتَّفَقُ عليها.

المسألة الثانية[3]:

اتّفقَ العلماءُ على أنّ الشُّفْعَةَ إنّما يَرتَّبُ حُكْمُها في عَقْدِ مُعَاوَضَة، فإنْ وقعَ المِلْكُ في الخطِّ المُشَاع بغير عِوَضٍ، كالهِبَة المَحْضَةِ، فرُوِيَ عن مالك فيه الشُّفْعَةُ، واتّفقتِ الأُمّةُ على أنّه لا شُفْعَةَ في الخطِّ المُشَاع الموروُثِ، وهذه الرّوايةُ عن مالك في الهِبَةِ وإن كانت قليلةً في النّقلِ فإنّها قويّةٌ في الدّليل، فإنّ الشُّفْعَةَ إنّما ثبتت لضَرَرِ الشّركةِ، وذلك في الموهوب كما هو في المَبِيع[٦].

فإن قيل: الموهوبُ مِلْكٌ بغير عِوَضٍ فلم تكن فيه الشُّفْعَةُ، كالموروث جزءًا مُشَاعًا، وهو قول كافّة العلماء.

قلنا: ليس من التّحقيق قياسُ الهِبَةِ على الميراثِ؛ لأنّ مِلْك المَورُوثِ دَخَل قَسْرًا[٧]

---

(١) م، ف، جـ والممهّد: «لفظ» والمثبت من القبس.

(٢) ف: «والحيازة» وهو تصحيف.

(٣) ف، م، جـ: «تغيير هيئته» والمثبت من القبس.

(٤) في القبس: «ضرره».

(٥) في القبس: «الضررين».

(٦) م، ف، جـ: «البيع» والمثبت من القبس والممهّد.

(٧) م، ف، جـ والممهّد: «بشراء» والمثبت من القبس.

....

(1) اختلفت الرواية عن الإمام مالك في الحمام، ففي المدونة: 4/ 224 في الشفعة في الحمام والعين والنّهر والبئر، قال بوجوب الشفعة في الحمام، وسقوطها في البئر، انظر المعونة: 2/ 1281، والممهّد: 226/ ب، والإعلام بنوازل الأحكام لابن سهل: 1/ 653.

(2) النساء: 7، وانظر أحكام القرآن: 1/ 328.

(3) انظرها في القبس: 2/ 857، وراجع المدونة: 4/ 215، والمعونة: 2/ 1271.

من الله لا دَفْعَ له بِحِيلَةٍ(١)، بخلاف الهِبَة فإنّه مِلْكٌ دخَلَ على الشَّرِيك باختيار المُتعاقِدَيْن، فوجبَ(٢) فيها الشُّفعةُ كالمتابعين.

المسألة الثالثة[1]:

كما ثبتتِ الشُّفْعَةُ عند علمائنا في المَبِيع(٣)، كذلك تثبتُ في المُمْهَرةِ(٤) والمُخالعةِ، وبه قال الشّافعيُّ[2].

وقال أبو حنيفةَ: هي مُختصّةٌ بالمَبِيعِ(٥)[3].

والمسألةُ قريبة(٦) المَأْخَذِ؛ لأنّا نقولُ مع الشّافعيّ: إنّه شِقْصٌ، مُلِكَ عن مُعَاوَضَةٍ، فوجبَ فيه الشُّفْعَةُ كالمبيع[4]، ولا إشكالَ في أنّ النّكاحَ والخُلْعَ معاوضةٌ؛ لأنّ الله تعالى يقول: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[5]، وقال عزَّ من قائل: ﴿مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ﴾ الآيَة[6]، إلاّ أنّ الشّافعيَّ(٧): يَأْخُذُ في(٨) الشِّقْصِ بمَهْرِ المِثْلِ[7]، وقال مالك: يأخُذُه بقيمتِه[8]، وما قاله الشّافعيُّ هو باديَ الرّأيِ؛ لأنّ الشُّفْعَةَ(٩) إنّما تكون بالثّمن، فإن تعذّرَ يؤخذ بقيمته، كما لو اشترى شِقْصًا بعبدٍ أو ثوبٍ، والبُضْعُ عندنا وعند الشّافعيّ مُتَقَوّمٌ

---

(١) م: «فجملته»، ج: «فحملته»، القبس: «بحيلة».
(٢) في القبس والممهّد: «فوجبت».
(٣) م، ف، ج والممهّد: «البيع» والمثبت من القبس.
(٤) في القبس: «الممهورة».
(٥) في النسخ: «بالبيع» والمثبت من القبس والممهّد.
(٦) ف، ج، القبس: «غريبة».
(٧) «قال» زيادة من القبس.
(٨) في الممهّد: «يأخذ في أخذ».
(٩) في القبس: «المنفعة».

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 857 ـ 858.
(2) انظر الحاوي الكبير: 7/ 249.
(3) انظر مختصر الطحاوي: 121.
(4) انظر الحاوي الكبير: 7/ 249 ـ 250.
(5) النساء: 24، وانظر أحكام القرآن: 1/ 380 ـ 390.
(6) النساء: 25، وانظر أحكام القرآن: 1/ 391 ـ 397.
(7) انظر الحاوي الكبير: 7/ 250.
(8) انظر الممهّد: 228/أ، والمعونة: 2/ 1272.

يُضْمَنُ بالمُسَمَّى في الصّحيحِ، وبالمِثْلِ في الفاسد، إلاّ أنّ مالكًا تَفَطَّنَ لدقيقةٍ؛ وهي أنّ النّكاح مبنيٌّ على المُكَارَمَة، وقد يزيدُ المهْرُ وقد ينقُصُ، فلم يكن فيه أعدَلُ من أن يأخُذَ بقيمةِ الشِّقْصِ، وقد اتّفقنا على أنّه يُرْجَعُ إلى قيمة الشِّقْصِ عند تَعَذُّرِ حالِ الثّمنِ، وهذه حالة تَعَذُّرٍ، وحُجَّةُ أبي حنيفةَ والجوابُ عليها في «**كتب الأصول**» من الخلاف.

المسألة الرّابعة[1]:

قال علماؤنا: الشُّفْعَةُ على مقدَارِ الأنصِبَاءِ[2]؛ لأنّها فائدةٌ من فوائدِ المِلْكِ فقُدِّرَت بقَدْرِ[(١)] المِلْك كالغَلَّةِ، وبه قال الشّافعيُّ.

وقال أبو حنيفةَ[3]: إنّها على قَدْرِ الرُّءوسِ؛ لأنّها لدفع الضَّرَرِ بدليل حالةِ الانفرادِ.

والمسألةُ عريضةُ[(٢)] المأخذ جدًّا، لا تحتملُها هذه العُجَالةُ، فانظروها في موضعها من «**مسائل الخلاف**» إن شاء الله.

المسألة الخامسة[4]:

خِيَارُ الشُّفْعَةِ موروثٌ عندنا[5]، وبه قال الشّافعيُّ[6].

وقال أبو حنيفةَ: لا يُورَثُ[7].

قال الإمام أبو عليّ الصّاغاني الحنفيّ: الخِيَارُ غيرُ متروك، وإنّما يُورَثُ بقول الله تعالى: ﴿مَا تَرَكَ﴾[8] وكيف يصحّ أن يكون متروكًا بعد الموت، وهو[(٣)] صفة من صفاته،

---

(١) م: «فتقرّرت تقرر»، ف: «فتقررت بقدر»، جـ: «فتقررت بتقرر» وفي الممهّد: «فتقررت تقرر» والمثبت من القبس.

(٢) في القبس: «عويصة».

(٣) م والممهّد: «بعد الميت وهي»، ف، جـ: «الميت بعد الموت وهي» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 858.

(2) قاله مالك في الموطأ (2088) رواية يحيى، وفي المدونة: 4/ 207 باب أقسام الشفعة، وانظر التفريع: 2/ 299، والمعونة: 2/ 1269.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 121، ومختصر اختلاف العلماء: 4/ 248.

(4) انظرها في القبس: 2/ 858.

(5) قاله في المدونة: 4/ 216 في وراثة الشفعة، وانظر المعونة: 2/ 1279.

(6) انظر الحاوي الكبير: 7/ 257.

(7) انظر مختصر الطحاوي: 123.

(8) النساء: 11.

يبطل موته حقوقه من خِيَار[١] وعلم وقُدْرَة وغير ذلك، فقال له فخرُ الإسلام الشّاشيُّ: هذا مَزْجُ الشّرعيّات بالعقليّات، والشّريعةُ[٢] لم تُبْنَ على هذا؛ فإنّ الأحكام كلّها إنّما هي راجعةٌ إلى قول الله تعالى، والحقوقُ الّتي أثبتَها إنّما هي ثابتةٌ بإثباته، لا بقَوْلِ أحدٍ من البشَرِ، ولا بفِعْلِهِ، ولا بصفته، فهي تنتقلُ بنقل الله لها من شخصٍ إلى شخص، ولو باع رجلُ فَدّانًا، فقيل له: ما بِعتَ من الأرض إنما هي لله، لا تَقدرُ على نقلها ولا على تصريفها[٣]، إذ الملك إنّما هو له، فلا نفسّره إلاّ بما يرجِعُ إلى الفعلِ، والفعلُ عِوَضٌ لا يبقى، فكيف يُتصوّر أن يُباع ويُنقلَ؟ فَتَتَبُّعُ[٤] مثل هذا إفسادٌ للأحكامِ، ولكن البارىء تعالى جعلَ الحيَّ خليفةَ الميّتِ، فما كان للميّت فهو له.

المسألة السّادسة[1]:

قال مالكٌ دونَ[٥] سائرِ الفقهاءِ: الشُّفْعَةُ إنّما تكونُ بين أهلِ السّهامِ من الوَرَثَة دونَ غيرِهِم من المشركينَ[2].

وقال غيرُه بأجمعهم: إنّما تكونُ لكلّ شريكٍ قَرُبَ أو بَعُدَ؛ لأنّها لدفع[٦] الضَّرَرِ كما قدّمناه، وذلك يستوي فيه القريبُ والبعيدُ من الشُّركاءِ.

مثالُ ذلكَ: ميّتٌ تركَ جدّتين، وأخوين لأُمٍّ، وإخوة لأبٍ، فباعت إحدى الجدّتين، لم تَشفع في حظّها إلاّ الأخرى. وكذلك لو باع الأخ للأمّ، لم يشفَعْ عليه إلاّ أخوه، ولو باع أحدُ الإخوةِ للأبِ، لشفَعَ[٧] عليه جميعُ الوَرَثَة.

والدّقيقةُ الّتي تفطّنَ لها مالكٌ في هذا البابِ وفاتتِ الشّافعيَّ، فإنّ أبا حنيفة بَنَى

---

(١) القبس: «وصفاتُه تبطل بموته، من حياة».
(٢) ف، القبس: «والشرعية».
(٣) م، ف، جـ والممهّد: «تصرفها» والمثبت من القبس.
(٤) ف، جـ: «فيمنع»، م: «فمنع» وفي الممهّد: «فيمتنع» والمثبت من القبس.
(٥) «مالك دون» زيادة من القبس يستقيم بها الكلام.
(٦) في الممهّد: «ترفع».
(٧) في القبس: «المنع».

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 858 ـ 859.
(2) أي الشّركاء، وانظر هذه المسألة في المدونة: 4/ 206 باب تشافع أهل السّهام، والتفريع: 2/ 299، والمعونة: 2/ 1270.

عليها واطَّرَدَ أصلُه فيها، وتلكَ الدّقيقةُ المالكيّةُ هي أنّ الشُّفْعَةَ إنّما[(١)] ثَبَتَتْ لضَرَرِ الشّرِكَةِ كما قلناهُ مع الشّافعيّ، ودليلُنا عليه فيما تقدّم، خلافًا لأبي حنيفةَ في قوله: إنها ثابتةٌ للضَّرَرِ المُطْلَقِ، وإذا ثَبَتَتْ لضَرَرِ القِسْمَة كما دلّلنا عليه، فهذه الدّارُ الّتي تركَها الميِّتُ إنّما تُقسَمُ أسْداسًا؛ فللجدّتين[(٢)] سُدُسُها، وللأخوين للأمّ ثُلثُها، والثّلاثةُ الأسداسِ للإخوةِ للأبِ، فينفردُ كلُّ واحدٍ بنصيبه، ثمّ يَقْسِمُ الأخوان حَظَّهما بينَهما، وكذلك الجدّتان.

فكما[(٣)] يُجْمَعُ السَّهمُ في القِسْمَة، كذلك تَجِبُ به الشُّفْعَةُ، ومن يفارقُه في القَسْم لا شُفْعَةَ له، كما لا يَجْتَمِعُ معه في القِسْمَة. لكن يبقى على هذا إشكالٌ واحدٌ، وهو أنّ أهلَ السّهام يشفعون على العَصَبَة عندنا، ولا يشفَعُ العَصَبَةُ على أهل السّهام، وذلك لقُوّةِ السّهمِ، فيدخُلُ الأقوى على الأضعفِ، ولا يزاحِمُ الأضعفُ الأقوى، وهذا لُبَابُ الدّليل، وهو مستوفًى في «مسائل الخلاف».

المسألة السّابعة[(1)]:

قال الشّافعيُّ[(2)] وأبو حنيفةَ[(3)]: الشُّفْعَةُ على الفور، لما رُوِيَ في الحديث عن النّبيِّ ﷺ: «إنَّ الشُّفْعَةَ كَنَشطَةِ[(٤)] عِقَالٍ؛ إنْ أَخَذَهَا مَسَكَهَا، وَإِنْ تَرَكَهَا ذَهَبَتْ»[(4)].

وعند مالك: إنّ طلب الشُّفعَة ليس على الفَوْر، وعنه في انقطاعها للحاضر روايتان[(5)]:

إحداهُما: أنّها تنقطعُ بعدَ سنةٍ[(6)].

---

(١) ف، ج: «لما».

(٢) ج: «فللجدّة».

(٣) م، ف، ج: «كما» والمثبت من القبس.

(٤) ف: «كبسط»، ج: «كشف» وفي الممهّد: «كسر» وفي تلخيص الحبير: «كنَشْطِ».

....

(1) انظرها في القبس: 2/ 859 ـ 860.

(2) انظر الحاوي الكبير: 7/ 240.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 121.

(4) أورده بدون إسناد الماوردي في الحاوي الكبير: 7/ 240، وذَكَرَهُ ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 56 وعزاه إلى القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا من غير إسناد.

(5) انظرهما في التفريع: 2/ 301، والمعونة: 2/ 1274.

(6) وهو اختيار ابن أبي زيد في الرسالة: 228.

والرّواية الأخرى: أنها لا تنقطعُ، إلاّ بأن يأتي عليها من الزّمان مايُعْلَم أنّه تاركٌ لَهَا، وقولُ أبي حنيفة إنّها على الفَوْرِ[1]، وهو أظهر أقاويل الشّافعيّ[2].

ودليلُنا: قولُه: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»[3] ولم يعلّقه بحدٍّ.

وعن مالك في ذلك روايتان:

إحداهُما: أنّها غير محدودة بمُدّة[١]، وإنّما هي على مقدار الثّمن والمَثْمُون والمُشتري والشّفيع.

والثّانية: أنّها مُقَدّرة بعامٍ ونحوه.

ودليلنا: أنّه حقٌّ ثبت لدفع الضَّرَر، فلم يكن على الفَوْرِ، أصلُه القِصَاص.

المسألة الثّامنة:

لا تستحقّ الشُّفْعَة بالجِوَار[4]، خلافًا لأبي حنيفة[5]، لقوله: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلاَ شُفْعَة»[6]. وفيه ثلاثة أقوالٍ:

أحدُها: أنّه أخبر عن محلّ الشُّفْعَة، وهو أنّه ما لم يُقْسَم، فانتفى بذلك وجوبها في غيره.

والثّاني: دليلُ الخطاب، وهو أنّه لمّا عَلَّقها[٢] بغير المقسومِ، وجبَ أن يكون المقسومُ بخلافه.

والثّالث: نَصُّهُ على سقوطها مع[٣] القِسْمَة.

---

(١) م: «المدة».

(٢) في الممهّد: «عللها».

(٣) في الممهّد «بعد».

....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 121.

(2) انظر الحاوي الكبير: 7/ 240 حيث ذكر الماوردي أن القول بالتراخي هو القول القديم للإمام الشافعي، وأما الجديد فهو القول بالفور.

(3) سبق تخريجه صفحة: 180 من هذا الجزء.

(4) انظر الموطأ: 2/ 257 رواية يحيى، والرسالة: 227، والتفريع: 2/ 299، والمعونة: 2/ 1267، والممهّد: 222/ ب.

(5) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 239.

(6) أخرجه مالك في الموطأ (2079) رواية يحيى.

المسألة التّاسعة:

الذِّمِّيُّ والمسلم في الشُّفْعَة سواءٌ[1]، خلافًا لأبي حنيفة[2]، وأحمد بن حَنْبَل[3] في قوليهما: لا شُفْعَة، لقوله: «الشَّرِيكُ شَفِيعٌ» فَعَمَّ، ولأنّه حقٌّ وُضِعَ لإزالة الضَّرَرِ، فاستوى فيه[(١)] المسلم والكافر كالرَّدِّ بالعيب، ولأنّه معنىً يسقطُ بالمِلْكِ كالاستخدام.

المسألة العاشرة:

لا شُفْعَةَ في العُروضِ والحيوان[4]، خلافًا لما حَكَى عنه غير هذا، ولقوله: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ» وقوله: «فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ» ولأنّه ممّا ينقل ويحول كالذّهب والفِضّة.

المسألة الحادية عشرة[5]:

إذا بَنَى المشترِي في الدّار أو غَرَسَ، ثمّ أراد الشَّفيعُ الأخذَ بالشُّفْعَة، فإنّه يأخذ الشِّقْصَ بقيمة البناءِ والغَرْسِ[(٢)] قائمًا، وليس له إجبار المشتري على قَلْعِ البناء والغَرْسِ[2].

وقال أبو حنيفة: له ذلك[6].

ودليلُنا: قوله عليه السّلام: «لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[7] وهذا عَرَقٌ لغير ظالم، فكان له حرمةٌ وحق، ولأنّه بناءٌ مباحٌ في مِلْكٍ صحيحٍ فلم يستحقّ عليه قلعه وإتلافه، كالّذي لا يستحقّ عليه شُفْعَة.

---

(١) «فيه» زيادة من الممهّد.

(٢) ف والممهّد: «الغراس».

....

(1) انظر المدونة: 4/ 205 باب يشافع أهل الذّمّة، وشرح المدونة للمازري: الورقة 288.

(2) الثّابت عن أبي حنيفة وأصحابه أنّهم يقولون بقول الجمهور، أي أنّ المسلم والذّمي في الشفعة سواءٌ، وهو الذي نصّ عليه صاحب مختصر اختلاف العلماء: 4/ 244، فإن لم يكن وقع تصحيف في الاسم، فهو سبق قلم من المؤلّف، والمصادر المالكية عزت هذا القول إلى داود وأحمد وهو الصّحيح، انظر المعونة: 2/ 1281.

(3) انظر المقنع، والشرح الكبير لابن قدامة: 15/ 519.

(4) قاله في الموطأ (2111) رواية يحيى، والمدونة: 4/ 207 في باب ما لا تقع فيه الشفعة.

(5) انظر هذه المسألة في المعونة: 2/ 1278.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 123، ومختصر اختلاف العلماء: 4/ 247.

(7) أخرجه مالك في الموطأ (2166) رواية يحيى.

المسألة الثانية عشرة:

اختلف قولُ مالك في الحمام وغيره ممّا لا يُقْسَم إلاّ بإتْلَافِ ممّا هو عليه، فقال: فيه الشُّفْعَة[1]، وقال: لا شُفْعَةَ فيه، وكذلك الرَّحْبَة والطّريق وغيرهما.

وعند أبي حنيفة أنّ فيه الشُّفْعَة[2]، وعند الشّافعيّ: لا شُفْعَةَ فيه[3].

ودليلُنا على أنّه لا شُفْعَةَ فيه: أن كلّ ما[١] لا يُقْسَم للضّرورة فلا شُفْعَةَ فيه.

ووجهُ إثبات الشُّفْعَة: أنّها مستحقَّةٌ لأجل الضَّرَرِ سِوَى الشَّركة فيها[٢].

مسألة[4]:

إذا باع شِقْصًا بثَمَن إلى أجَلٍ[5]؛ قال الشّافعيُّ[6] وأبو حنيفةَ[7]: الشّفِيعُ بالخِيَارِ، إن شاءَ أخذَ بالثّمن، وإلاّ ينتظِرُ الأجلَ، وهذا تَحَكُّمٌ وتغْيِيرٌ للشُّفْعَةِ، فإن[٣] حُكْمَ الشُّفْعَة أن يُنَزَّلَ الشّفيعُ منزلةَ المشتري[8]، والحمد لله.

---

(١) ف والممهّد: «مالٍ».

(٢) في الممهّد: «إنما هو مستحقة لأجل الضرر سواء الشركة بينهما».

(٣) «وهذا تحكم وتغيير للشفعة، فإن» زيادة من القبس.

....

(1) قاله في المدونة: 4/ 224 في الشفعة في الحمام والعين والنّهر والبئر.

(2) انظر المبسوط: 14/ 132.

(3) انظر الحاوي الكبير: 7/ 272 ـ 274.

(4) انظرها في القبس: 2/ 860.

(5) قال مالك في الموطأ (2085) رواية يحيى: «إذا كان مَلِيًا فله الشُّفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل، وإن كان مخوفا أنْ لا يؤدِّيَ الثمن إلى ذلك الأجلِ، فإذا جاءهم بحميلٍ مَليٍّ ثقةٍ مثل الذي اشترى منه الشّقص في الأرض المشتركة، فله ذلك» وانظر: المعونة: 2/ 1280، والممهّد: 238/ أ.

(6) انظر المجموع للنووي: 11/ 309.

(7) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 243.

(8) تتمّة العبارة كما في القبس: «فقَلْبُ هذا لا يجوز، ونحن أسعد بالمسألة من القوم».

كتابُ كِراءِ الأرضين[1]

قال الإمام: أدخل مالك في «الموطّأ»[2] حديث النّبيّ ﷺ في النّهي عن كِرَاءِ المزارع مُجْمَلاً غير مُفَسَّرٍ، وأدخله غيره[3] مُفَسَّراً[١] عن رافع[٢] فقال: نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عَنْ كِرَاءِ الأَرَضِين بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَقَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُهُ عَنْ كِرَائِهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَقَالَ: لاَ بَأْسَ بِهِ. وروي عنه[4] أنّه نهى عن المُزَابَنَةِ والمُحَاقَلَةِ، والمُحَاقَلَةُ كِرَاءُ الأرضِ بالحِنْطَة وشِبْهِهَا.

الإسناد[5]:

قال الإمام أبو بكر بن العربي - رضي الله عنه -: مسألة كِرَاءِ الأرضِ مسألةٌ عويصةٌ[٣]، لها صُوَرٌ وغوائلُ، اختلف العلماء فيها من لَدُنِ الصَّحابة إلى زماننا هذا، واضطربت فيها الأحاديثُ اضطرابًا كثيرًا[6]، وبَاحَثْتُ عنها[٤] قديمًا أثرًا ونظرًا، فما وجدتُ من أَتْقَنَها إلاّ

---

(١) ف: «وأدخله غيره»، م، جـ: «وأدخله غير مفسر».

(٢) م، ف، جـ والممهّد: «أبي رافع» والصّواب ما أثبتناه.

(٣) م، ف، جـ: «عريضة» وهي ساقطة من الممهّد والمثبت من القبس.

(٤) ف: «علّتها»، وفي الممهّد: «عليه».

....

(1) نقل ابن الزهراء هذا الباب كاملاً في الممهّد: الورقة 85 - 87 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق].

(2) الحديث (2073) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2425)، وابن القاسم (162)، ومحمد بن الحسن (830)، وابن بكير عند الجوهري (336)، والشافعي في مسنده: 751، ويحيى بن سعيد القطان عند أحمد: 4/ 140، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1547)، وقتيبة بن سعيد عند أبي داود (3393م)، وابن أبي أويس، والقعنبي، والتنيسي عند الطبراني في الكبير (4329).

(3) كالإمام أحمد: 4/ 140، والنسائي في الكبرى (4644)، والبيهقي: 6/ 136.

(4) رواه مالك في الموطأ (1828) رواية يحيى.

(5) انظره في القبس: 3/ 863 - 864.

(6) نرى من المستحسن نقل فقرة لطيفة من الكتاب النادر الذي توصّلنا إلى صحة نسبته إلى صاحبه، وهو تفسير الموطأ الإمام البوني، يقول رحمه الله في لوحة: 111/ ب «اختلف العلماء في كراء الأرض بما يخرج منها قديمًا وحديثًا، واحتجّ من أجاز ذلك باختلاف الرّوايات في ذلك، =

أبا عبد الرّحمن النّسائيّ؛ فإنّه جمَعَ أحاديثَها باختلافِها وطُرُقِها في جزءٍ كبير، وجملةُ الأمر أنّ علماءَنا قالوا: لا يجوزُ كِرَاءُ الأرضِ بطعامٍ وإن كان ممّا لا تُنبِتُه الأرضُ[1].

وقال الشّافعيُّ[2]: يجوزُ بِحِنْطَةٍ معلومة في الذِّمَّةِ.

وقال أبو حنيفة[3]: يجوزُ بكلِّ ما كان ثَمَنًا في المَبِيعِ[١].

وقال اللَّيثُ: يجوزُ بجزءٍ معلومٍ ممّا يَخرُجُ منها.

وقال غيرُه: يجوز بجزءٍ معلومٍ أو مجهولٍ، مثل أن يقول: لي ما تُنبِتُه هذه البُقْعَة منها. ويعيِّنُها.

وقيل: لا يجوزُ كراؤُها بحالٍ.

وفي متعلّق كلّ واحد منهم[٢] حديثٌ وأثرٌ، فأمّا قولُ النّبيّ ﷺ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ يَمْنَحْهَا أَخَاهُ»[4] وهو الصّحيح، فيعارِضُه مِثْلُه في الصِّحَّة، وهو أنّ النّبيّ ﷺ قال لرَافِع: «مَا تَصْنَعُونَ بِأَرْضِكُمْ»؟ قَالَ: نُكْرِيهَا بِالرُّبُعِ وَبِالأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلاَم: «لاَ تَفْعَلُوا، ازْرَعُوهَا أَوْ أَزْرِعُوهَا»[5].

وأمّا قول علمائنا: إنّها لا تجوزُ بشيءٍ من الطّعامِ، فهو ذريعةٌ [٣] أنّها لا تجوزُ بشيءٍ ممّا يخرُجُ منها، وإن كان ممّا لا تُنبِتُ الأرض فلوجهين:

---

(١) م: «البيع».

(٢) م، ف، ج: «منهما» وفي القبس: «كل ذلك» والمثبت من الممهّد.

(٣) في الممهد: «ذريعة إلى».

....

= وقال بعضهم: يروى عن رَافِع عن النبي ﷺ. وبعضهم: عن رافع عن أبيه عن النبيّ عليه السلام. وبعضُهم يقول: عن عمِّهِ، فاعتلّ بعضُهم بهذا فأراد أن يضعِّفَ بذلك الحديث، وليس له في ذلك حجّة؛ لأنّه قد يسمعُ بعضُ من روى عنه طائفة من الحديث، ويسمع بعضُهم طائفةً أخرى، فيؤدِّي إليه كلّ واحدٍ ما سمعَ ويسمعُ هو شيئًا آخر فيحكي ذلك على ما بلغه، ويكون ذلك في مجلس ومجالس، وتكون كلّ لفظةٍ انفرد بها أحدهم حديثًا منفردًا، وأتمّ ما فيه وأصحّ إسناد رواية الأوزاعي واللّيث».

(1) انظر المدونة: 3/ 468 في اكتراء الأرض بالطعام والعلف، والمعونة: 2/ 1139.

(2) في الأم: 8/ 30 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 7/ 454.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 132، ومختصر اختلاف العلماء: 4/ 120.

(4) أخرجه البخاري (2341)، ومسلم (1544) من حديث أبي هريرة.

(5) أخرجه مع اختلاف في الألفاظ البخاري (2339)، ومسلم (1548) من حديث رافع بن خَدِيج.

أحدُهما: أنها ذريعةُ الذّرائع[١]، وشُبهة الشُّبَهِ[٢] مسألةٌ مُخْتَلَفٌ فيها، وقد بيناها في «**الخلافيات**».

الثاني: - وهو الأقوى - قال[٣] النبيّ ﷺ لرَافِع: «لاَ تَفْعَلُوا» وقد قال له: نُكْرِيهَا بِالأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ[1]، وذلك أنّا رأينا الله تعالى قد أذِنَ لمن كان عنده نَقْدٌ أن يتصرَّفَ فيه طَلَبًا للرِّبح، أو يُعْطِيَهُ لغيره يتصرَّفُ فيه بجزءٍ معلومٍ، فالأرضُ مِثْلُه، وإلاّ فأيُّ فرقٍ بينهما، فهذا أقوى في الباب، ونحن نفعلُه الآن في بلدنا.

الأصول[2]:

قوله[3]: «نَهى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ» قال علماؤنا[4]: هو عامٌ في كلِّ ما تُكْرَى به، إلاّ ما خصّه الدّليلُ، وإلى المنع ذهبَ طَاوُس[5] في الجملة في أحد قَوْلَيْه. وذهب فقهاء الأمصار إلى تجويز ذلك[6].

وقوله[7]: «بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ» يقتضي إباحة ذلك بهما، وقد ذهب إلى إباحته بغيرهما مالك والفقهاء، غير رَبِيعَة فإنّه منعه بغيرهما[8].

---

(١) م، جـ والممهّد: «الذّريعة».
(٢) م، ف والممهّد: «الشبهة».
(٣) في القبس: «قول».

....

(1) تتمة الكلام كما في القبس: «والنّهيُ يقتضي التّحريم.
وأمّا الكِرَاءُ بجزءٍ منها وإن كان ممّا لا تنبت، فلوجهين:
أحدهما - وهو مذهبٌ فيه أحاديث كثيرة والمعنى فيه قويٌ -».
(2) كلامه في الأصول مقتبسٌ من المنتقى: 5/ 142 - 143.
(3) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2073) رواية يحيى.
(4) المقصود هو الإمام الباجي.
(5) رواه عبد الرزاق في مصنّفه (14459) وانظر الاستذكار: 21/ 251.
(6) تتمّة الكلام كما في المنتقى: «ووجهه أنّ الرّاوي للمنع باللّفظ العامّ لم ينقل لفظ النّبيّ ﷺ وإنّما أخبره عنه، وهو الّذي أخبر بأنّ ذلك مقصورٌ على غير الذّهب والوَرِقِ».
(7) في حديث الموطأ السابق ذكره.
(8) انظر الاستذكار: 21/ 253.

الفقه في ست مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قال علماؤنا[2]: والأرض على ضربين:

مأمونة، وغير مأمونة.

فالمأمونة: أرض النِّيل، قال مالك[3]: وليس أرض المطر كأرض[4] النِّيل، وإن كانت لا تكاد تخلف[١]، فالنّقد جائزٌ، خلافًا لعمر بن عبد العزيز.

ودليلُنا: أنّ الغالب من منافعها الاستيفاء[٢]، فجازَ الكراءُ فيها كسُكنَى الدُّور، قال مالك وأصحابه: وكذلك الآبارُ والأنهارُ[5] لا تخلف[٣] إلاّ في الغِبِّ.

المسألة الثّانية[6]:

وأمّا أرضُ المَطَرِ، فقال مالكٌ[7]: لا بأسَ به، والنِّيل أبيَن، وبه قال ابن عبد الحَكَم، وأَصْبَغُ، وابن المَاجِشُون، وقد قيل لهم[٤]: أرضُ الأندلس أرض مطر ولا تكاد تخلف[3]، فقالوا: لا تنقد[٥] حتّى يأتيها المطر الّذي يحرث عليه، ولا ينتظر بها الرَّوَاء بخلاف أرض النِّيل.

وعندي أنّ معنى المأمونة عند مالك: أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النِّيل، وأمّا أرض المطر فلا يكفيها إلاّ المطر الكثير[٦].

---

(١) م، ف، ج: «تختلف» والمثبت من الممهّد والمدونة والمنتقى.

(٢) م، ج: «الاستثناء».

(٣) م، ف، ج: «تختلف» والمثبت من الممهّد المدونة والمنتقى.

(٤) في المنتقى: «لهما».

(٥) في المنتقى: «لا ينعقد فيها».

(٦) في المنتقى: «المتكرر».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 146.

(2) المقصود هو الإمام الباجي.

(3) في المدوّنة: 3/ 461 في اكتراء أرض النيل وأرض المطر قبل أن تطيب للحرث.

(4) في المدونة والمنتقى: «... المطر عندي بينا كبيان أرض» وفي الممهّد: «المطر بخلاف أرض».

(5) أي وأرض الآبار والأنهار.

(6) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 146.

(7) في المدونة: 3/ 461 في اكتراء أرض النيل وأرض المطر قبل أن تطيب للحرث.

فأمّا الّتي ليست بمأمونة، فلا يجوزُ النّقد فيها بشرطٍ[1]، خلافًا لأبي حنيفة[2] والشّافعيّ[3].

ودليلنا: أنّه قد يعدم المطر فيجب ردّ الكراء[(١)]، فتكون تارةً كراءً إن نزل المطر، وتارةً سَلَمًا إن عدم.

فرع:

فإن نقد بشرطٍ، ففي «العُتْبِيّة»[4] - من رواية حسينِ بن عاصم - فيمنِ اكترى أرضه عشر سنين[5][(٢)] وانتقد، فإن لم تكن مأمونة فهو كِراءٌ وسَلَفٌ يُفسَخ ما لم يَفت، فإن فاتت بقَلِيبٍ[(٣)][6] أو زرعٍ، يُقَاصّه[(٤)] بكراء سنة بعينها من سائرها، ويردّ ما بقي[7].

المسألة الثّالثة[8]:

فإنْ أطلق العَقْد، فمتى يلزم النّقد؟ رأيتُ لعبد الحقّ[9] أن ذلك على ثلاثة أوجه:

1 ـ فأمّا «أرضُ المَطَر» فلا يلزمه حتّى يتمّ زرعه.

2 ـ وأمّا «أرضُ النّيل والمأمونة» فينقده[(٥)] إذا رويت.

3 ـ وأمّا «أرضُ السّقْي الّتي تزرع بطونًا» فينقد[5] عند ابن القاسم عند تمام كلّ بطن ما ينوبه.

---

(١) «المطر فيجب ردّ الكراء» زيادة من الممهّد.
(٢) م: «عشرين سنة».
(٣) في المنتقى: «فإن حرثها لقليب» وفي الممهّد: «فإن فات بقليب».
(٤) م، ف، ج والممهّد: «خاصة» والمثبت من المنتقى.
(٥) في المنتقى: «فينقده».

....

(1) عند العَقْد.
(2) انظر مختصر الطحاوي: 133.
(3) انظر الحاوي الكبير: 7/ 459.
(4) لم نجد هذه الرواية في المطبوع من العتبية.
(5) وهي أرض مطر.
(6) القَلِيبُ هو البئر.
(7) ووجه ذلك: أنّه إن كان نقده بشرط، لم يجز؛ لأنّه سَلَفٌ جرّ منفعة، وإن نقده بغير شرط فقد أطلق اللّفظ في المسألة.
(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 146.
(9) هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون (ت: 460)، له كتاب النكت والفروق لمسائل =

وعند أشهب؛ عند ابتداء كلّ بطن ما ينوبه، ولا فرق بين الأوّل والثّاني عندهما.

ويحتاج هذا إلى تأويل(١)؛ فإنّه ذكر في «المدوّنة»[1]: «لا يصلحُ(٢) النّقد في أرض المطر إلاّ بعد ما تُرْوَى ويُمكنُ الحرثُ(٣)» وهذا لا يجوزُ أن يريدَ به إلاّ غير المأمونة[2]، لكنّ العلّة مفهومة[3].

المسألة الرّابعة[4]:

ومنِ اكترى أرضًا لها بئرٌ، فذهب ماؤها، فإن لم يزرع فسخ الكِرَاء، وليس له أن ينفق فيها كراءَ عامِه ولا غيره، قاله محمّد وابن حبيب[5].

قال محمّد: فإن أنفق فيها، فهو مُصَدَّقٌ، ثم لا يلزم ذلك ربّها، إلاّ أن يشاء فيؤدِّيه نقدًا، وإن حبسه في الكِرَاء جاز، ولم يكن دَيْنًا بدَيْنٍ.

فرع[6]:

فإن كان قد زرع، فلا يخلوا أن يكون في كِراء السّنة الأولى ما يصلُح به أو لا[7]؟ فإن لم يبلغ ذلك، فسخ الكراء، قاله محمّد.

---

(١) في المنتقى: «تأمّل» وهي سديدة.

(٢) في الممهّد: «ولا يصح» وفي المدونة والمنتقى: «لا يصلح» وهو الأسدّ.

(٣) في المدوّنة: «وتُمكِّن للحرث» وفي المنتقى: «وتمكّن من الحرث».

....

= المدونة، وتهذيب الطالب في شرح المدونة، ولعلّه الكتاب الذي اطلع عليه الباجي، وتوجد منه عدّة نسخ مخطوطة. انظر ترتيب المدارك: 8/ 72ـ 73، وتاريخ التراث العربي لسزكين: 1/ 3/ 154.

(1) 3/ 460 في اكتراء أرض المطر سنين والنّقد فيها.

(2) تتمّة العبارة كما في المنتقى: «فإن المأمونة يصلح النّقد فيها قبل أن تروى».

(3) الّذي في المنتقى: «ولكنّه لعلّه أراد في مسألة المدوّنة الرّيّ المبلغ».

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 148.

(5) ووجه ذلك: أنّه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكترى من الماء الّذي تتمّ به المنفعة المقصودة.

(6) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 148.

(7) أي ما يصلح به ما فسد من الماء، أو لا يبلغ ذلك.

فرع[1]:

فإن ذهب ماء البئر أو العين قبل تمام الزّرع فهلك، فلا كِرَاءَ له[2]، فإن أخذه لزمه ردّه، وإن كان لم يأخذه فذلك عن الزّارع موضوع.

ولو هلك بعضه وبقي بعضه، أُعطي[١] بقَدْر ما يبقَى من الكِرَاء بحساب ذلك، وإن لم يكن له قَدْرٌ، ولا فيه منفعة، لم يكن له[3] من الكِرَاء شيءٌ، قاله مالك في «المدوّنة»[4].

فرع[5]:

ولو كانت من أرض المطر، فقد قال مالك في «المدوّنة»[6]: إن لم يتمّ زرعه فلا كِرَاء له.

ولو كثر المطر فأفسد[٢] الزّرع، فإن كان في الإبّانِ[7]، في وقتٍ لو أقلع[٣][8] لأمكنه أن يعيدَ زراعتها، فلم ينكشف حتّى مضت أيام الزِّراعة، فلا كِرَاءَ عليه؛ لأنه بمنزلة أن تغرق[9]، فإن انكشف في الإِبّان، فالكِراءُ له لازِمٌ، قاله ابن القاسم[10] عن مالك[٤][11].

(١) في المنتقى: «... ولو هلك بعضه وكان قد حصد شيئًا له قَدْرٌ ومنفعة أعطي من الكراء».
(٢) في المدوّنة والمنتقى: «فقتل».
(٣) في المنتقى: «انقطع» وفي الممهّد: «في الإبان غرقت في وقت لو قلع».
(٤) في المنتقى: «ابن القاسم وبعضه عن مالك».

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 148.
(2) أي لصاحب الأرض.
(3) أي لربّ الأرض.
(4) 3/ 460 في الرجل يكتري أرض المطر.
(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 148 - 149.
(6) 3/ 460 في الرجل يكتري أرض المطر.
(7) أي في أوان الزّرع.
(8) أي انكشف الماء وأمكست السّماء عن المطر.
(9) أي تغرق الأرض قبل الزّراعة فيها.
(10) في المدونة: 3/ 261 في أرض المطر تستغدر وفيها الزّرع.
(11) انظر المصدر السابق.

ولو غرقت بعد الإبَّانِ، فقد قال مالك[1]: إن زَرَعَ فجاءه بَرَدٌ فأذْهَبه، فالكِراءُ عليه، وكذلك إن أصابه جَرَادٌ أو جليد وغَرِقت[(١)] في غير الإِبَّانِ[(٢)] فتلف الزّرع.

المسألة الخامسة[2]:

فيمن زرعَ في أرض قوم بغير إذنهم، فخرّج التّرمذيّ[3] فيه حديث عطاءٍ عن رافع بن خَدِيجِ، قال رسول الله: «مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ» وفي هذا الحديث كلام.

أمّا «الإسناد» فقال البخاريّ: شَرِيك يُتَّهم في الحديث كثيرًا[4]، وقال أبو عيسى[5]: هو حديثٌ حَسَنٌ[6]، وأنكر أحمد بن حنبل على أبي[(٣)] إسحاق أن يكون زاد فيه: «بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ» وقال: ولم يروه غيره[7].

واختلف علماءُ الأمصارِ في هذه النّازلة:

فمنهم من قال: الزَّرع للزّارع، وهم الأكثر.

وقال ابنُ حنبل[8]: إذا كان الزّرعُ قائمًا فهو لربِّ الأرضِ، وإذا كان قد حُصِدَ فإنّما تكون له الأجرة، وذلك لحديث رَافِع؛ لأنّه متعدٍّ على صاحب الأرض، ولأنّه شغل مال غيره[(٤)].

---

(١) م، ف، جـ والممهّد: «أو غرقت» والمثبت من المنتقى.

(٢) م: «في إبان».

(٣) «أبي» زيادة من العارضة.

(٤) في الممهّد: «ولم أره لغيرهم».

....

(1) في المصدر السابق: 3/ 460 - 461.

(2) انظرها في العارضة: 6/ 124.

(3) في جامعه (1366)، والحديث أخرجه أحمد: 3/ 465، وأبو داود (3403م)، وابن ماجه (2466)، والطبراني في الكبير (4437) عن رافع بن خَدِيج.

(4) انظر التاريخ الكبير: 4/ 237، والجرح والتعديل: 4/ 365.

(5) في جامعه (1366).

(6) الذي في الجامع: «هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه من حديث أبي إسحاق إلاّ من هذا الوجه من حديث شريك بن عبد الله». وانظر علل الترمذي الكبير (377).

(7) انظر الشرح الكبير لابن قدامة، والإنصاف للمرداوي: 15/ 134.

(8) علّق المؤلّف في العارضة على قول الإمام أحمد بقوله: «وأمّا أحمد فما أتى بمقالٍ يُحمَد، ولا له وجه يُقْصَد».

وما طَبَّقَ المُفَصَّل في هذه النّازلة إلاّ مالك حيث قال: إن كان في إبّان الزِّراعة، فهو له، وإن كان قد فات إبّان الزّراعة، فالزَّرع للزّارع، وعليه كراء الأرض، لأصلٍ عظيمٍ في مسائل الغَصْبِ، قد بيّنّاه في موضعه.

تكملة:

كراء الأرض للزّرع يجوز بالعُروضِ والحيوان والذهب والفضّة، ولا يُمْنَع إلاّ بنوعين:

أحدهما: الطّعام، سواءٌ كان ممّا يخرج منها كالحِنْطَةِ والشّعيرِ، أو ما لا يخرج منها كاللّبن والعسل[1].

والنّوع الثّاني(١): ما يخرج منها طعامًا كان أو غيره، كالقُطْنِ[2] والزَّعفران[3] والكَتّان[4] وغير ذلك.

---

(١) ف، جـ والممهّد: «الآخر».

....

(1) نص مالك في المدونة: 3/ 468 على عدم الجواز، وذهب بعض فقهاء المذهب إلى غير هذا الرّأي، فنقل البوني في تفسير الموطأ: 111/ ب ـ 112/ أ عن أبي جعفر أحمد بن نصر الدّاودي أنّه قال «الّذي يدلّ عليه الكتاب والآثار والنّظر أنّ كراء الأرض بالطّعام والشراب إذا كان معلومًا جائزٌ، كان ذلك ممّا يخرج منها أو لا يخرج؛ لإِجماعهم أنّها تشترى بذلك، ولا فرق بين الكراء والشراء».

(2) نصّ على كراهته ابن القاسم في المدوّنة: 3/ 464 لأن القطن عنده بمنزلة الكتّان.

(3) نصّ ابن القاسم على عدم جوازه في المدونة: 3/ 465 في اكتراء الأرض بالطّيب والحطب والخشب.

(4) نصّ على عدم جوازه مالك في المدونة: 3/ 464.

كتاب القِرَاض[1]

قال الإمام: الأحاديثُ في هذا البابِ قليلةٌ، وأصلها حديث أبي موسى[2].

التّرجمة والعربيّة:

قال أهل العربية: القِرَاضُ مأخوذٌ من القَرْضِ وهو القطعُ، فكأنّه قطَعَ للمُقَارِضِ جزءًا من مالِهِ، أو قَطَعَهُ كلَّه للعامِلِ.

وقيل: هو مأخوذ من المُساواة، يقالُ: قارضَ فلانٌ فلانًا، أي سَاوَاهُ، وفي حديث أبي الدّرداءِ: «قَارِضِ النَّاسَ مَا قَارَضُوكَ، فَإِنَّكَ إِنْ تَرَكْتَهُمْ(١) لَمْ يَتْرُكُوكَ»[3].

وقيل: إنّه مأخوذٌ من الضَّربِ في الأرضِ.

وقيل: إنّه مأخوذٌ من ضَرَبَ معه في سَهْمِه، يعني في الرِّبْح.

وأهلُ العراقِ يسمّونَهُ مُضَارَبَةً، وأهلُ الحجازِ يسمّونه قِرَاضًا، قاله أكثر العلماء[4].

الأصول[5]:

قال علماؤنا: القِرَاضُ عَقْدٌ كان في الجاهليّة، وأقرّهُ الإسلامُ، وفعَلَه النّبيّ ﷺ قبل

---

(١) م، جـ: «تتركهم».

....

(1) نقل ابن الزهراء الباب الأول من هذا الكتاب في الممهّد: الورقة 124 ـ 125 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق] وانظر كلام المؤلف في الترجمة والعربية في القبس: 3/ 865.

(2) الذي رواه مالك في الموطأ (2007) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (4229)، وابن بكير عند البيهقي: 6/ 110.

(3) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفِهِ (34596)، ومن طريقه صاحب حلية الأولياء: 1/ 218، وأخرجه من طريق آخر بلفظ: «إن ناقدت الناس ناقدوك...» الخطيب في تاريخ بغداد: 7/ 198 ومن طريقه ابن الجوزي في العلل المتناهية: 2/ 434 وقال: «والحديث لا يصحّ عن رسول الله ﷺ وغَلَطَ من رَفَعَهُ، وإنما هو من كلام أبي الدرداء».

(4) يقول الإمام المازَري في شرح المدونة: الورقة 204 «والقراضُ جائز بإجماع الأمّة، هكذا ذكر البغداديون والمغاربة في كتبهم... إلاّ أن الشّعبي انفرد بالطّعن في القراض».

(5) انظره في القبس: 3/ 865.

المبْعَث، قَارَضْتهُ خديجةُ فقَبِلَ قِرَاضَها، وخرجَ به إلى الشّام، وبُعِثَ النّبيُّ ﷺ فلم يُنكِرْهُ من شريعة الإسلام[1].

وأدخل فيه مالك أصلاً قويّاً، وهو قضاءُ عمرَ على أبي موسى وعلى وَلَدَيْه، حَسَبَ ما نصُّه في هذا «الكتاب»[2].

فإن قيل: كيف جازَ لعمرَ أن يَنْقُضَ قضاءَ أبي موسى وهو أميرٌ من الأمراءِ؟

الجوابُ، قلنا: إذا كان الإمامُ أَعْدَلَ من الأميرِ، تَعَيَّن عليه أن يَنْظُرَ في أقضية عُمَّاله[3].

جوابٌ ثانٍ، قلنا: لم يعتَرِضْ قَطُّ عُمَرُ ولا غيرُه قضاءَ أميرٍ؛ لفضْلِهم وعدالَتِهم، ولكن لمّا كانت هذه النّازلةُ في وَلَدَي عمرَ، خشِيَ ما خَشِيَ، وقال ما قال، فزالَ عن الرِّيبَة لعظيم وَرَعِهِ، وبَرّأ نفسَهُ وابْنَيْه وأميرَهُ عن التُّهمة، وأرْخَصَ فيه للضّرورة الّتي يحتاجُ إليها النّاس، فهو مستثنًى من الشّرع، كالمُسَاقاة والسَّلَم وأشباههما.

فإذا[4] ثبت هذا، ففِعْلُ أبي موسى يحتمل وجهين:

أحدُهما: أن يكون فعلَ ذلك لمنفَعَتِهِما، وجازَ ذلك وإن لم يكن الإمام المُفَوَّض إليه؛ لأنّ المالَ كان بيدِهِ بمنزِلَةِ الوديعة للمسلمينَ، فاسْتَسْلَفَهُ وأَسلَفَهُمَا إيّاه، ولو تَلِفَ ولم يكن عندهما وفاء لضمنه.

والثّاني: أن يكون لأبي موسى النّظر فيه بالتّثمير، فإذا أسلفَهُ كان لعمر المفوّض إليه

(1) وفي هذا المعنى يقول البوني في تفسير الموطأ: 79/ب «وليس للقراض أصلٌ في كتاب الله عزّ وجلّ، ولا في سنة ثابتة عن رسول الله ﷺ، إلاّ أنّه كان في الجاهلية فأُقِرّ في الإسلام».

(2) أي الموطأ في الحديث المشار إليه في أوّل الباب.

(3) وهناك بعض اللّطائف التي استنبطها البوني من الحديث، فقال رحمه الله في تفسير الموطأ: 80/أ «**وفي الحديث** دليل على أنّ عمر رضي الله عنه كان يحمل بَنِيهِ كما يحمل غيرهم من الخروج في البعوث أخذًا على نفسه، وليتأسّى به من بعده. وفيه: نقل الأموال من البلدان إلى الإمام، وإنّما ذلك ـ والله أعلم ـ بعد اكتفاء أهل الموضع الذي نُقِلَ ذلك منه، أو لحاجة من قِبَلِ عمر. وفيه: احتجاج الابن على أبيه إن تبيّن له أنّ ذلك صوابٌ ولم ير ذلك عمر عقوقًا ولا هَضْمًا من حقّ الأبوّة ولا من حقّ الخلافة. **جواز الاجتهاد عند عدم النصّ**. وفيه: إباحة التجارة للغزاة عند قَفْلِهم».

(4) من هنا إلى آخر الكلام مقتبس من المنتقى: 5/ 150.

تعقُّبَ فعله(١)، فتعقُّبُهُ وردُّه إلى القِرَاضِ، والله أعلم.

مسألة(1):

فإن أراد(2) إحرازه في ذِمَّتِه(3) كالسَّفَاتِج(4) الّتي يستعملها أهل المشرق، فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوزُ(5). وروى أبو الفَرَجِ(6) جواز السَّفَاتِج(7)، ولعلّه أراد ما لم يقصد المسلفُ منفعة نفسه. والأظهرُ منعُها إذا قصدَ ذلك.

وسواء كان المسلفُ صاحب المال، أو ممّن(٢) له النّظر فيه من إمامٍ أو قاضٍ أو وَصِيٍّ أو أبٍ، فلا يجوزُ للإمام أن يُسلفَ من مال المسلمين ليحرزه في ذمّةِ المستسلف، وكذلك القاضي والوَصِيّ، وقد نصّ على ذلك علماؤنا في(٣) مسألة القاضي.

فإن وقع، كما ذكرنا، فُسِخَ في الأجل والبلد، وأُجْبِرَ(8) على تعجيل المال، وأُجْبِرَ المُسْلِفُ على قبضه، وبَطَلَ الأجلُ، كالبيع بأجلٍ(٤) على فسادٍ فإنّه يُعجَّل.

---

(١) في الممهّد: «التعقب لفعله».
(٢) في المنتقى: «ممن».
(٣) م، ف، جـ والممهّد: «من» والمثبت من المنتقى.
(٤) في الممهّد: «بالأجل».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 149 ـ 150.
(2) المريد هو المسلف.
(3) أي في ذمة المتسلّف.
(4) السُّفْتَجَةُ في الأصل كلمة فارسية مُعَرَّبة، وفي الاصطلاح الفقهي هي عبارة عن رقعة أو كتاب أو صكّ يكتبُه الشّخص لنائبه أو مَدِينِهِ في بلد آخر يُلزمه فيه بدفع مبلغ من المال لشخص أقرضه مثله. وقد سميت هذه المعاملة سفتجة [والتي معناها في الفارسية الشيء المحكم] لما فيها من إحكام الأمر وتوثيقه وتجنّب العناء والخطر. انظر معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: 190 مع هامش المراجع، والبحث الجيد لنزيه حماد حول السفتجة في كتابه دراسات في أصول المداينات: 187 ـ 197.
(5) لأنّها قرضٌ يجرُّ منفعة.
(6) هو الإمام عمرو بن عمرو الليثي البغدادي، الفقيه والأصولي المشهور، من كُتُبِهِ الحاوي في الفقه، واللمع في أصول الفقه توفي سنة 330 أو 331. انظر الديباج المذهب: 215.
(7) ذكر البوني في تفسير الموطأ: 80/أ أن محمد بن عبد الحكم كان يجيزه.
(8) المتسلّف.

تنبيه على مقصد[1]:

أكثر مالكٌ ـ رحمه الله ـ في القِرَاضِ، وقسَّمَ أبوابَهُ على خمسةَ عشرَ بابًا، وأكثر في التَّفريعِ، وكان له به اهتمامٌ عظيمٌ؛ لأنّها كانت نازِلَتَهُمْ.

الفقه في مسائل[2]:

إذا ثبتَ ما قدّمنا؛ فإنّه يجوزُ القِرَاضُ بالّذهب والفضّة إذا كانا مَسْكوكَيْنِ بلا خلافٍ[3]، فإن كانا تِبْرًا أو نِقَارًا، ففي ذلك اختلافٌ كثيرٌ بين العلماء[4].

وهٰهنا غريبةٌ: وهي أنّ قِرَاضَ النّاس في(١) الجاهليّة وفي صدر الإسلام لم يكن مَسْكُوكًا، وإنّما كان تِبْرًا ونُقْرًا، فعَجِبْتُ للشّافعيّ[5] ولعلمائنا كيف منعوا ذلك، وجوازُه في الشّرعِ إنّما انعقد بغير مسكوكٍ!.

قالت الشّافعيةُ ومن ساعدهم من علمائنا: إنّما امتنَعَ القِرَاضُ بغير المسكوك؛ لأنّ العاملَ يحتاجُ إلى عَمَلٍ في بيع النُّقْرَةِ حتّى تعودَ سَكَّةً، فتَصِيرَ كالمقارضَةِ بعَرَضٍ.

قلنا: ليس هذا كالعَرَضِ على ما يأتي بيانُه إن شاء الله؛ وذلك أنّ العلماء اتّفقوا على أنّه لا يجوزُ القِرَاضُ بالعُرُوضِ[6]، إلاّ الأوزاعيَّ وابنَ أبي ليلى[7]، واحتجّا بأنّ ما كان ثَمَنًا في البيع جازَ القِرَاضُ به كالنَّقْدَين.

وعوّلَ سائرُ العلماءِ على مسألةٍ أصوليّةٍ اختلف النّاسُ بزعمهم فيها، وهي متّفَقٌ بين العلماء عليها، فافهموها وادَّخِرُوها(٢)، وهي النّظرُ في المآلِ، قالوا: إنْ قارَضَه بعَرَضٍ

---

(١) م، ف، جـ: «كان في» وفي الممهّد: «وهي أن القراض كان في» وأسقطنا «كان» بناءً على ما في القبس.

(٢) ف: «واذكروها».

....

(1) انظره في القبس: 3/ 866.

(2) انظرها في القبس: 3/ 866.(ض).

(3) وحكى البوني في تفسير الموطأ: 80 إجماع العلماء على ذلك، وانظر المدونة: 4/ 46، في القراض بالدنانير والدراهم والفلوس، وانظر أيضًا المعونة: 2/ 1120.

(4) انظر آراء علماء المذهب في النوادر والزيادات: 107/ أ ـ 108/ أ [نسخة آياصوفيا].

(5) انظر الحاوي الكبير: 7/ 307.

(6) انظر التفريع: 2/ 194، والمعونة: 2/ 1121.

(7) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 30.

فباعَهُ العاملُ بِمَئةٍ، ثمّ اتَّجَرَ فيه حتّى صار المَالُ مئةً وخمسينَ، ثمّ دعاه إلى المُقاسمة، فقال له: خلِّصْ رأسَ المالِ كما يَلْزَمُ ونقسمُ[١] رِبْحَ المالِ، فجاء ليشتَرِيَ ذلك العَرَضَ فوَجَدَهُ بمئةٍ وخمسين، فإنّه يشترِيهِ[٢] ويذهبُ رِبحُهُ، ويمضي عَمَلُهُ باطلاً، وهذا ما لا جوابَ لهم عليه.

بابُ مَا يَجُوزُ فِي القِرَاضِ

الفقه في مسائل:

المسألة الأُولى[1]:

قوله[2]: «عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، وَلاَ ضَمَانَ» هو على ما قال، وقد قدّمنا أنّ الضّمان على رَبِّهِ، ولا خلافَ في ذلك، فإنِ اشترطَ[3] على العامل فسدَ[4]، خلافًا لأبي حنيفة[5] في قوله: العَقْد صحيحٌ.

ودليلُنا: أنّ هذا نقل الضّمان عن مَحَلّه بإجماع، فاقتضى ذلك فساد العَقْد والشرط، أصله: إذا باع منه شيئًا على أنّ على البائع ضمانه أَبَدًا، وكذلك لو شرط عليه حَمِيلاً أو رهنًا، فقال محمد[6]: يردّ إلى قِرَاضِ مثله.

---

(١) م، ف: «ويقسم».

(٢) في النسخ: «يشتري به» والمثبت من القبس.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 153.

(2) أي قول مالك في الموطأ (2009) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3431).

(3) أي اشترط الضّمان.

(4) انظر التفريع: 2/ 194.

(5) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 47.

(6) قاله محمد بن المواز عن ابن وهب، كما نصّ على ذلك الباجي.

بابُ القِراض بِالعُرُوض[1]

القِراضُ لا يجوز بالعُروض[2].

وقال أبو حنيفة[3]: يجوزُ القِراضُ بالعُروض، وذلك بأن يقول له: بِعْ هذا، فإذا بِعْتَهُ فأنتَ فيه مُقَارِضٌ.

قلنا: وهذا لا يجوزُ؛ لأنّه إن باع بأُجرةٍ فهو قِرَاضٌ وإجارةٌ، والقِرَاضُ لا ينضافُ[١] إليه عَقْدٌ آخر إجماعًا. وإن باع بغير أُجرةٍ كان قد شرطَ عليه زيادةً في العملِ، ولا يجوزُ بإجماعٍ أن يشتَرِطَ ربُّ المالِ زيادةً في العمل على العامل في القِرَاضِ.

وبالجملة، فإنّ مَبْنَى القِرَاضِ على الرِّفْقِ، ولا تتغيّر له هيئةٌ على ما وُضِعَ في الأصل له، ولا تكون فيه زيادةٌ. ومن ذلك: أكلُ العاملِ منه[٢] بالمعروفِ، وذلك على الاعتبار في السَّفَر والحَضَر، وهذه عادةٌ رجَعَ العلماء فيها ـ على زعمهم ـ إلى مذهب مالك في اعتبار العادة.

ويجوزُ[4] له أن يشترط على العامل ما يعودُ بالمنفعةِ له في الرِّبحِ، وبما يَرْجُو صيانَتَهُ[٣] المالِ أو نماءَهُ، ويقول له[٤]: لا تشتر إلاّ سلعةَ كذا وكذا، فإنْ قال له: على ألاّ تشتَرِيَ إلاّ من فلانٍ، فإن كان فلانٌ مُتَّسِعَ الحَالِ، عَظِيمَ التِّجارةِ، كأبي سعيدِ

---

(١) ف: «يضاف».
(٢) م: «منها».
(٣) م: «إصابة».
(٤) في الممهّد: في القبس والممهد: «كأن يقول له».

....

(1) انظره في القبس: 3/ 866 ـ 867.
(2) وهو الذي عليه المذهب، انظر: التفريع: 2/ 194، والمعونة: 2/ 1121.
(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 40، والمبسوط: 22/ 23.
(4) الفقرة التالية نقلها ابن الزهراء في كتابه الممهّد الكبير: الورقة 138 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق].

الحدّادِ[1]، وأبي مالك الفقيه[2]، فإنّه يجوزُ عند علمائنا، ويكونُ بمنزلة أن يُعَيِّنَ له سِلَعًا كثيرةَ الوُجودِ نَافِقَةً في البيعِ[١] والابتياع، ولذلك قال علماؤنا: إنّه متى كان في المال خَسَارةٌ ـ ولو ذهبَ جميعُه ـ لم يكن على العامل شيءٌ، فإذا كانتِ الخسارةُ بزيادةٍ على رأس المال، لزِمَت العاملَ ولم يَكُنْ[٢] لربِّ المال منها شيءٌ.

بَابُ التّعدّي في القِرَاضِ[3]

قال الإمام: هذا البابُ من مسائل الغَصْبِ، وغيرُ ذلك من مسائله كثيرةٌ، ومُفْسِدَاتُه طويلةٌ، وهي مذكورةٌ في «كتب المسائل» فَلْتُنْظَرْ هنالك.

فإنْ فسَدَ القِرَاضُ، فاختلفَ العلماءُ فيه على خمسة أقوالٍ:

الأوّل: أنّ فيه قِرَاضَ المِثْلِ[4].

الثّاني: أُجْرَةُ المِثْلِ[5]، وبه قال عامّةُ الفقهاء.

الثّالثُ: رُوِيَ عن ابنِ القاسم أنه قال: إن كان الفسادُ في العَقْدِ، رُدَّ لِقِرَاض مِثْلِهِ، وإن كان لزيادةٍ، رُدَّ إلى الأُجْرَةِ[5].

---

(١) ج، م: «البيع».

(٢) القبس: «يتعلّق».

....

(1) لعله أحد التجار الكبار في عهد المصنّف، ولا يمكن أن يكون هو أحمد بن داود أبو سعيد الحداد الواسطي نزيل بغداد المتوفّى سنة 221 تلميذ الإمام أحمد والمترجم في تاريخ بغداد: 4/ 139، فإنه لم يعرف أنّه كان غنيًا أو تاجرًا.

(2) لم نقف عليه، ويمكن أن يكون أحد كبار التجار في عصر المؤلّف، وورد في الممهّد باسم: «ابن مالك».

(3) انظره في القبس: 3/ 867 ـ 868، وقد نقله ابن الزهراء في الممهّد الكبير: الورقة 136 [مخطوط الخزانة العامة: 16ق].

(4) وهي رواية عن مالك، نصّ عليها ابن الجلاب في التفريع: 2/ 196 ـ 197.

(5) هي رواية عن مالك، صاحب المصدر السابق، والقاضي عبد الوهاب في المعونة: 2/ 1128.
والفرقُ بين قِراض المِثْل وأجرة المِثْل؛ أنّ قِراض المِثْل متعلّق بالرّبح، فإن لم يكن في المال رِبْحٌ فلا شيء للعامل. وأجرة المثل متعلّقة بذمّة رَبِّ المال، كان في المال ربحٌ أو لم يكن.

وقال محمّد بن الموَّازِ[1] مسألةٌ رُدَّ(١) فيها إلى الأقلّ من قِرَاض المِثْل، أو ممّا سُمِّيَ من الرِّبح، فإذا اطَّرَدَتْ صارت قولاً رابعًا.

القول الخامس: أنّ قِرَاض المِثْل وأُجْرَةَ(٢) المِثْل إنّما هي باختلاف الحال حَسَبَ ما أشار إليه ابنُ القاسمِ في بعض المصنَّفات(٣)، وقد حقّقتُ أنا النّظر في المسائل الّتي فيها قِرَاضُ المِثْل على رواية ابنِ القاسم، فوجدتُها تِسْعَ(٤) مسائلَ[2]:

الأولى: القِرَاضُ بالضّمان.

الثّانية: إلى أَجَلٍ.

الثّالثة: عُروضٌ.

الرّابعة: دنانيرُ ليصرِفَها.

الخامسة: دَيْنٌ يَقْبِضُهُ.

السّادسة: مُبْهَمٌ.

السّابعة: إنِ اختلفا بعدَ(٥) العملِ، فالقولُ قولُ العاملِ إذا أتى بما يُشْبِه، وإلاّ رُدَّ إلى قِرَاض مِثْله، وكذلك المساقاةُ. *وقال أشهب: إن جاء بما يُشْبِهُ، وإلاّ صُدِّق ربّ المال فيما يُشْبِه*(٦)، فإن لم يَأْتِ به حُمِلَ(٧) على قِرَاضِ مِثْلِهِ. وعندي أنّه قولٌ واحدٌ.

---

(١) في النسخ: «المواز مثله رده» والمثبت من القبس والممهد.

(٢) في القبس: «أو أجرة».

(٣) في النسخ: «الصفات» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف: «سبع».

(٥) م: «في».

(٦) ما بين النجمتين سقط من جميع النّسخ بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركنا النقص - الذي لا يستقيم الكلام بدونه - من الممهّد والقبس.

(٧) م، ف، ج والممهّد: «عمل» والمثبت من القبس.

....

(1) حكاه القاضي عبد الوهاب في المعونة: 2/ 1128 عن ابن المواز عن مالك.

(2) الذي وجدناه في شرح المدونة للمازري: الورقة 200 «قال الشيخ: وعقد بعضُ الفقهاء مذهب ابن القاسم في المدونة أنّه يرجع فيه إلى إجارة المِثْل إلاّ في خمسة مسائل استثناها: أحدها: القراض بالعروض. والثاني: القراض إذا كان فيه الحجر. والثالث: القراضُ المبهم. والرابع: القراضُ إلى أجل. والخامس: القراض بالضّمان. فهذه الخمس مسائل جعل ابن القاسم فيها في الكتاب أنّه يرجع فيها إلى قراض المثل، وما سواها يرجع فيه إذا كان القراض فاسدًا إلى إجارة المثل».

والثّامنة: قال أَصْبَغُ: إنْ قارضَ ألاّ يشتريَ إلاّ سِلْعَةَ كذا غيرَ موجودةٍ، فاشتَرَى غيرَها فقد تعدّى، فإن رَبحَ فله فيما رَبحَ قِرَاضُ مِثْلِهِ.

التّاسعةُ: وهي إذا قارَضَهُ على أن يشتريَ عَبْرَ[١] فلانٍ، ثمّ يشتري بغيره[٢] ثانيًا[٣]، فهو يدخُلُ في قِسْمِ القِرَاض بالمِثْل كما تقدّم، والصّحيحُ خروجُه عنه.

والقِرَاضُ ثلاثةُ أقسامٍ في هذا المعنى:

1 - غيرُ جائزٍ ماضٍ[٤]، كالقِرَاضِ بالنِّقَارِ.

2 - غير جائز بالمِثْل.

3 - وغيرُ جائزٍ بالإجارةِ، وهو الأكثرُ.

وقدِ استوفينا ذلك في «**مسائل الخلاف**» محرَّرًا[٥] إن شاء الله.

ووجه من قال: إنّه يُرَدُّ إلى قِرَاضِ المِثْلِ[٦]، وإليه يميلُ الشّافعيُّ في قوله: إن كلّ عَقْدٍ فاسدٍ[٧] يُرَدُّ إلى عِوَضِ مِثْلِه، وهذا هو الصّحيح، إلاّ أن يكونَ مع عَقْدِ القِرَاض زيادةٌ تُخرِجُه عن بابه إلى الإجارة، فتكونُ له أُجرةُ المِثْلِ، وهو وجه القول الثّاني.

وهذا يدلُّكَ[٨] على صحّة القولِ الثّالثِ في تفصيل ابنِ القاسم؛ أنّ الفسادَ إذا كان من غير زيادةٍ - وبَقِيَ[٩] قِرَاضًا - أنّ فسادَهُ[١٠] لا يُخرجه عن عِوَضِ[١١] صحّته[١٢].

وبهذا أيضًا يُستدلُّ على صحّة القول الخامس؛ أنّ ما كان من الزّيادة لا يُخرجه إلى عمل يقابلُه عِوَضٌ، أو مِنْ فسادٍ يَرْجِعُ إلى ربِّ المالِ لا يتعلّقُ بالعَقْدِ، ولا يدخلُ به في

---

(١) م، ف، ج: «عند» والمثبت من الممهّد والقبس. وفي القبس: 17/ 463 (ط. هجر): «عبد».
(٢) م، ف، ج، القبس: «بعده» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.
(٣) م، ف، ج: «ثيابا» والمثبت من القبس.
(٤) ج: «رأسا»، م، ج: «ناضا» والمثبت من الممهّد.
(٥) ف: «مجردًا».
(٦) القبس: «مثله».
(٧) في النسخ: «إن كان عقدًا فاسدًا» والمثبت من القبس.
(٨) ف والممهّد: «يدلّ».
(٩) م، ف، ج: «ويبقى» والمثبت من الممهّد والقبس.
(١٠) في القبس: «لأن فاسده» وفي الممهّد: «فأفسده».
(١١) م: «عرض».
(١٢) في القبس: «صحيحه» وفي الممهّد: «صحيح».

الأُجرة، أنّه يكونُ فيه قِرَاض المِثْل[١].

ووجه قول ابن الموّاز: أنّ له الأقلّ؛ لأنّه إن كان قِرَاضُ المِثْلِ[٢] أقلَّ، فهو الّذي وجب له الحُكْم[٣]، والتّسمية[٤] قد أَسْقَطَها الشّرعُ، وإن كان المُسَمَّى أقلّ، فقد رَضِيَ به، ولا يُزَادُ عليه، وهذا كثيرٌ في مسائل البيوع الفاسدة، فَافْتِشُوها[٥] تجدوه فيها إن شاء الله.

---

(١) في القبس والممهّد: «مثله».

(٢) ما بين النّجمتين ساقط من جميع النسخ بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركناه من الممهّد حتى يلتئم الكلام ويستقيم.

(٣) في الممهّد: «له في الحكم».

(٤) «والتسمية» ساقطة من جميع النسخ، واستدركناها من الممهّد والقبس.

(٥) في القبس: «فاطلبوه».

كتابُ الأَقْضِيَةِ والأَحكَامِ

صدَّرَ مالك هذا(١) الكتاب بحديث أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ(٢) وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، ولَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلاَ يَأْخُذَهُ(٣) فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»[1].

قال الإمام: هذا كتابٌ عظيمُ العِلْم، جمُّ الفقه، أتقَنَهُ مالك ورتَّبَ أبوابَه؛ لأنَّ للأحكام والقضاء قاعدة من قواعد الدِّين، ولابدّ في صدره من مقدّماتٍ وفواتح، تُبيِّن لك الغَرَضَ، وتكشف لك الأمر.

فاتحة الكتاب ومقدّمته

اعلموا[2] أنّ القضاءَ بين النّاس أصلُ الشّريعة، ومَدَارُ الأحكام، وخلافةُ الله في الخَلْق، قال الله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ﴾ الآية[3]، وقال الله تعالى لرسوله محمد ﷺ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[4]، وقال عزّ من قائل: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾[5].

---

(١) م، ج: «في هذا».

(٢) «مثلكم» ليست في الموطأ.

(٣) في الموطأ بزيادة: «فلا يأخذن منه شيئا».

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2103) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2877)، وسويد (272)، وابن القاسم (478)، ويحيى بن بكير عند الجوهري (778)، والشافعيّ في الأم: 13/ 229 (ط. قتيبة)، والقعنبي عند البخاري (2680)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 145.

(2) انظر هذه الفقرة في القبس: 3/ 869.

(3) سورة ص: 26.

(4) المائدة: 49.

(5) النساء: 105.

نكتة أصوليّة[1]:

اعلموا - بصَّرَكُم اللهُ الحقائقَ - أنّ الأحكام الّتي تسمعون *في كلام الله، ورسوله ذكرها، والّتي يذكرها العلماء فيقولون*[١]: هذا حُكْمُ الله، وقد حَكَمَ اللّهُ[٢]، أو هذا[٣] حلالٌ وهذا حرامٌ، فليس ذلك كلّه صفة للأعيان المحلّلة والمحرّمة، المضاف ذكر ذلك إليها، ولا إلى الأفعال، وإنّما هي عبارات[٤] عن قول الله، فالواجبُ هو المَقُول فيه: إفعل، والمقول فيه لا تفعل، فرجعَ ذلك كلّه إلى الإخبار عن قول الله.

وقالت المبتدعة: «إنّ الأحكام من التّحليل والتّحريم من أوصاف الذّات[٥] ومن أوصاف الأفعال» لإلحاد أضمروهُ[٦]، وحاجةٍ من الكُفر في أنفسهم قضوها، واتّبعهم في ذلك الغَفَلَة من أهل السُّنّة، وقد بيّنّا ذلك في «أصول الفقه»[2].

سَرْدُ الأحاديثِ الواردةِ في تحذيرِ الجور في القضاء:

الحديث الأوّل: خَرّج أبو داود[3] والتّرمذيّ[4] والنّسائيّ[5] حديثًا اتّفقوا على معناه واختلفوا في لفظه: «الْقُضَاةُ ثَلاَثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، رَجُلٌ قَضَى بِغَيْرِ

(١) ما بين النّجمتين ساقط من النسخ المعتمدة، وقد استدركناه من العارضة.
(٢) لفظ الجلالة استدركناه من العارضة.
(٣) م: «وهذا».
(٤) في العارضة: «عبارة».
(٥) في العارضة: «الذّوات».
(٦) م: «الأفعال، لا تجوز مزورة»، ف: «الأفعال لا صورة»، جـ: «يجوز ضرورة» والمثبت من العارضة.

....

(1) انظرها في العارضة: 6/ 63 - 64.
(2) انظر المعتمد لأبي الحسين البصري: 1/ 335 - 337.
يقول المؤلّف في المحصول في علم الأصول: 2/أ «والأحكام ليست من التّكليف ولا من صفات الأفعال، وإنّما الحُكْمُ هو قولُ اللهِ سبحانه ودليلُه الّذي نَصَبَهُ علَمًا على الفعل أو التكليف».
(3) في سننه (3573م) من حديث بريدة.
(4) في الحديث (1322).
(5) في سننه الكبرى (5922)، وأخرجه أيضًا: الرّوياني في مسنده (66)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (54)، والطبراني في الكبير (1154)، وفي الأوسط (3616)، والبيهقي في السنن: 10/ 116، والشعب (7531).

الْحَقِّ فَعَلِمَ ذَلِكَ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ لاَ يَعْلَمُ فَأَهْلَكَ حُقُوقَ النَّاسِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ قَضَى بِالْحَقِّ فَذَلِكَ فِي الْجَنَّةِ» الحديث صحيح[1].

الحديثُ الثّاني: حديثُ عائشةَ في «التّرمذي»[2] قالت: قال رسول الله ﷺ: «يُؤْتَى(١) بِالْقَاضِي الْعَدْلِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، فَيَلْقَى مِنْ شِدَّةِ الْحِسَابِ مَا يَتَمَنَّى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَقْضِي بَيْنَ أَحَدٍ فِي تَمْرَتَيْنِ».

والحديثُ الثّالث: حديثُ أبي هريرةَ في «التّرمذيّ»[3] أيضًا قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ».

الحديث الرّابع: رُوِيَ من الأحاديث الحِسَان، قال النّبيُّ ﷺ: «مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ فَغَلَبَ عَدْلُهُ جَوْرَهُ فَلَهُ الْجَنَّة، وَمَنْ غَلَبَ جَوْرُهُ عَدْلَهُ فَلَهُ النَّار»[4].

---

(١) م، ج: «يجاء».

....

(1) قال الحاكم في المستدرك: 4/ 90 «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» وقد جمع ابن حجر طرقه في جزء مفرد، كما نصّ على ذلك في تلخيص الحبير: 4/ 185.

(2) عزو المؤلّف الحديث إلى الترمذي سبق قلم منه رحمه الله، والحديث أخرجه الطيالسي في مسنده (1546)، والبخاري في التاريخ الكبير: 4/ 282 (2816)، والعقيلي في الضعفاء: 2/ 204، 3/ 297 وقال: «عمران بن حطان عن عائشة، ولا يتابع على حديثه، وكان يرى رأي الخوارج، ولا يتبين سماعه عن عائشة».

كما أخرجه أيضًا: ابن حبان (5055)، والبيهقي: 10/ 96، والخطيب في موضح أوهام الجمع (370)، وابن الجوزي في العلل المتناهية: 2/ 755 وقال: «هذا حديث لا يصحّ»، وانظر تلخيص الحبير: 4/ 148.

(3) الحديث (1325) وقال: «هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه».

والحديث أخرجه أيضًا: ابن أبي شيبة (22980)، وأحمد: 2/ 320، وأبو داود (3571م)، وابن ماجه (2308)، والنسائي في الكبرى (5923)، وأبو يعلى (6613)، والجرجاني في تاريخه: 1/ 101 (81)، والطبراني في الأوسط (2678)، وابن عدي في الكامل: 7/ 161، والدارقطني: 4/ 303 ـ 204، والحاكم: 4/ 91 وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، والقضاعي في مسند الشهاب (395)، والبيهقي: 10/ 96، وابن الجوزي في العلل المتناهية: 2/ 756 وقال: «هذا حديث لا يصح» وتعقبه ابن حجر في تلخيص الحبير: 2/ 756 بقوله: «وليس كما قال، وكفاه قوّة تخريج النسائي له وذكر الدارقطني الخلاف فيه على سعيد المقبري».

(4) أخرجه أبو داود (3575)، والبيهقي: 10/ 88، وحسّن إسناده الصنعاني في سبل السلام: 4/ 117.

الحديث الخامس: رَوَى أبو هريرةَ[1]؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ، فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا أَخْطَأَ، فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ» حديث حسن غريب.

الحديث السادس: من طريق أبي بكر أنّ النّبيّ ﷺ قال: «إِذَا أَصَابَ الْحَاكِمُ فَلَهُ عَشرة أُجُورٍ، وَإِذَا أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ»[2] وهذا إذا صحّ العدل منه فإنّه يشهد له القرآن، قوله: ﴿مَن جَآءَ بِٱلْحَسَنَةِ﴾ الآية[3].

الحديث السّابع: رُوِيَ في الأحاديث المأثورة: «إِنَّ الْمُقْسِطِينَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمَانِ وَكِلْتَا يَدَيْهِ يَمِينٌ»[4] والآثار والأحاديث كثيرة المساق، أصحّها ما سردناه عليكم.

مَرْجِعٌ وتَفْسِيرٌ:

أما حديث أمّ سلمة[5]، قولُه: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ»: اعلموا[6] ـ نوّر الله قلوبَكم للمعارف ـ أنّ النّبيّ ﷺ بَشَرٌ مثلكم كما بلَّغ عن نفسه فقال: ﴿قُلْ إِنَّمَآ أَنَا۠ بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰٓ إِلَيَّ﴾ الآية[7]، فأخبر ﷺ أنه على حكم البشريّة الّتي جُبِلَ عليها، وأنّ الله شرَّفَهُ بالوحيِ الّذي أوحى إليه به، وجعلَهُ واسطةً بينه وبين خَلْقِه، فقال ذلك على معنى الإقرار بصفة البَشَر[١] من أنّه لا يعلم الغَيْب، ولا يعلم اللّحن من الخصمين، ولا يعلم إلاّ ما عُلِّمَ.

ففيه من الفقه: موعظة الإمام الخَصْمَيْن[8].

---

(١) ف: «البشرية».

....

(1) أخرجه الترمذي (1326)، والنسائي: 8/ 223، وابن الجارود (996)، وأبو يعلى(5903)، وابن حبّان (5060)، والدارقطني: 4/ 404، والبيهقي: 11/ 82.

(2) أخرجه ـ مع اختلاف في الألفاظ ـ: أحمد: 2/ 187، والدارقطني: 4/ 203، والطبراني في الأوسط (8988)، والحاكم: 4/ 99 (ط. عطا) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة»، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وضَعَّفَ ابن حجر في تلخيص الحبير: 4/ 180 إسناده.

(3) الأنعام: 160.

(4) أخرجه مسلم (1827) من حديث عبد الله بن عمرو.

(5) في الموطأ (2103) رواية يحيى.

(6) من هاهنا إلى قوله: «بينه وبين خلقه» ورد في القبس: 3/ 871 فانظره، وراجع العارضة: 6/ 83.

(7) الكهف: 110، وانظر واضح السبيل إلى معرفة قانون التأويل: 105/ أ ـ 106/ أ.

(8) ذَكَرَ هذه الفائدة البوني في تفسيره للموطأ: 100/ أ ـ ب.

وفيه: أنّ الخَصْمَ بعد الموعظة محكم[١] من حُجَّته.

وللبشر[1] صفاتٌ منها[٢] كمالٌ، ومنها دَنَاءاتٌ، فأمّا صفاتُ الكمالِ، فهي له ولأصحابه الكرام على التّمام والكمال، وأمّا الدّناءات، فهم مُبَرَّءُون منها، مُنَزَّهون عن التَّلبُّسِ بها[٣]. على أنّ الناسَ قد اختلفوا في عِصْمَةِ الأنبياءِ عليهم السلام، وقد بينّاه في «**كتب الأصول**»، والّذي عندنا أنّهم بعد النُّبوّة معصومون، لا يُوَاقِعُ أحدٌ منهم خطيئةً، ولا يأتي دناءَةً، صغيرةً ولا كبيرةً، وقد دلّلنا عليه وبيّنّاهُ، وانفصلنا عن الظّواهرِ[٤] الّتي تشبّثت بها الجاهلون، وخُذُوا في ذلك أصلاً بديعًا: لا يقولَنَّ أحدُكم عن النّبيّ ﷺ ولا عن سائر الرُّسلِ إلاّ ما قال الله تعالى، لا يزيدُ من عنده، ولا يفسِّرُ بما لا[٥] يحتملُه اللّفظُ من آدمَ إلى محمدٍ ﷺ، وإذا قال عن أحدٍ منهم شيئًا من ذلك فلا يقولُه إلاّ قارئًا للقرآن، أو منبِّهًا لمن[٦] أشكلَ عليه حالٌ[٧] من الأحوال، فإمّا أن يضرِبَ لذلك مثلاً وتنزُّها، وإمّا أن يجعلَهُ لمن يعصى عُذْرًا، فهو كفرٌ يستتابُ قائلُه.

فآدم صلى الله عليه إنّما اجتهد في التّأويل، فلم يُصِبْ وَجْهَ الدّليلِ، وذلك جائزٌ على الأنبياء في كلِّ حال.

ونُوح صلى الله عليه غَضِبَ على قومه، فدعا عليهم بالهَلَكَةِ[2]، وما أحقّهم بتلك الدّعوة، ولكنّ الّذي يقتضِيهِ مَنْصِبُ النُّبوّة، احتمالُ الأذى والصّبرُ على الخَلْق، ولم يكن ذلك إلاّ لمحمّد[٨] ﷺ حين كُسِرَت رباعيَتُهُ وشُجَّ وجهُه، فقال: «اللّهُمَّ اغْفِرْ لِقَوْمِي فَإِنَّهُمْ لاَ يَعْلَمُونَ»[3] فهذا المقدارُ رأى نوحٌ أنّه قد قصّر فيه بعدَ ما سَبَقَ منه، فهو يعدُّه على نفسه لا نحنُ.

---

(١) م، جـ: «محكي».

(٢) م: «فيها»، ف: «فيها منها» وهي ساقطة من جـ.

(٣) ف: «فيها».

(٤) م: «الظاهر».

(٥) في القبس: «إلاّ بما» وهي سديدة.

(٦) م: «لما».

(٧) ف، جـ: «حالا».

(٨) في القبس: «ولم يطق ذلك إلاّ محمد».

....

(1) من هاهنا إلى آخر المسألة الثالثة وارد في القبس: 3/ 872 ـ 874.

(2) تتمّة العبارة كما في القبس: «... حين يئس منهم».

(3) أخرجه أحمد: 1/ 453، والبخاري (3477)، ومسلم (1792) من حديث عبد الله بن مسعود.

وإبراهيمُ عليه السّلام قال: «إني كَذَبْتُ ثَلاَثَ كَذَبَاتٍ، وكلُّ كَذْبَةٍ منها تَصْلُحُ أنْ يكونَ لنا دَرَجًا إلى الجَنَّةِ» قال النبيّ: «إنّما قالها لأنّه مَاحَلَ[1] بها عن دِينِ الله»[2]، وهذا يدلُّك على جَهَالَةِ المفسّرين للقرآن الّذين قالوا في قوله: ﴿هَٰذَا رَبِّي﴾[3] إنه غَلِطَ في الكوكبِ في قوله: ﴿هَٰذَا رَبِّي﴾ فظنّه أنّه الله.

وكذلك موسى صلى الله عليه قتلَ بالغَضَب في الله نفسًا لم يُؤمَرْ بقتلها، فإنّما كان الوَهْمُ في عَدَمِ انتظارِ الأمر خاصّةً وقَتْلِهِ بالنّظرِ(١).

ومِثْلُه أنّ يوسف عليه السّلام *همَّ(٢) بها، فكانَ فعلَ قَلْبٍ لا فعلَ جارحةٍ، فالباريءُ يُخْبِر أن يوسفَ*(٣) فَعَلَ بقَلْبِهِ، والنّاس كلّهم يقولون: إنّما فعل بَجَوارِحِه، والهمُّ غير مُؤَاخَذٍ به.

وأمّا داودُ عليه السّلام، فقد دَادَ(٤) فيه دِينُ الخَلْق، وانبثّت أقوالهم حتّى ملأت الخَلْقَ دَفَرًا(٥)، والله جلّ ثناؤه إنّما أخبر عنه بكلمةٍ واحدةٍ وهي(٦) قوله: ﴿أَكْفِلْنِيهَا﴾ الآية، *فقال: ﴿لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِۦ﴾*(٧)[4] وليس في قول الرّجل: «طلّق أهلَكَ لي» معصيةٌ، لكنه يُعَدُّ من المروءة والصِّلَةِ(٨) أن يقولَ الرّجلُ لصاحبه: هذه زوجتي أطلّقها لك فَخُذْهَا وتزوّجها، وقد فعل ذلك أصحاب النّبيّ ﷺ[5].

---

(١) م، ف، ج: «فإنّما كان إبراهيم في عدم الإنكار خاصّة» وهي عبارة مصحّفه، والمثبت من القبس.
(٢) في القبس: «فهمّ» ولعل الصّواب ما أثبتنا.
(٣) ما بين النّجمتين ساقط من جميع النّسخ بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركنا النقص من القبس.
(٤) م، ف، ج: «ذهب» والمثبت من القبس. والداد من الدود، أي أن دين الله دخله التحريف.
(٥) م، ف، ج: «كفرًا» والمثبت من القبس. والمراد بالدّفر: النتانة.
(٦) م، ف، ج: «وهو» والمثبت من القبس.
(٧) ما بين النّجمتين استدركناه من القبس.
(٨) كذا في جميع النّسخ، ولم نتبين معناها، ولعلّها تصحيف لكلمة: «والصحيح».

....

(1) أي جادلَ ودافع.
(2) أخرجه مع اختلاف في الألفاظ الطيالسي (411)، والحميدي (448)، وأحمد: 5/ 387، والترمذي (3148) وقال: «هذا حديث حسن»، وأبو يعلى (1040)، وابن حبان (45)، والحاكم: 2/ 359.
(3) الأنعام: 76.
(4) سورة ص: 23 وانظر أحكام القرآن: 1633 ـ 1637.
(5) انظر البخاري (2049).

وأمّا محمّد ﷺ، فتلك حَضرَةٌ[١] مكرَمَةٌ، ودفعٌ عن المكروهاتِ مُطَهَّرٌ، وشخصٌ رُضِيَ عنه[٢] في كلِّ حالٍ، وغُفِر له ما تقدَّم من ذنبه وما تأخَّر في الأوّل والمآلِ[٣]، فإذا أردتم الشِّفاء فعليكم بكتاب «المشكلين».

الفائدة الثّانية[٤][1]:

قوله[2]: «إنّما أنا بشرٌ» أشار في هذا الموضع إلى أنّه لا يعلمُ الغَيْبَ، وهي مسألةٌ أصوليّةٌ؛ فإنّ المشاهَدَةَ أبرَزَها الله إلى الخَلْقِ، وجعلَها مُدْرَكَةً لهم بالطُّرق[٥] الّتي شرَعَ الله لهم إليها، وأمسكَ الغَيْبَ لنفسه فهو عالم الغَيْب والشّهادة، وأخْبَرَ أنّه لا يَدْرِيهِ[٦]، إلاّ هو، وقطَعَ أطماعَ الخَلْقِ عنه، فقال: ﴿وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُطْلِعَكُمْ عَلَى ٱلْغَيْبِ﴾[3] الآية، وألقى إلينا منه ما شاء للحِكْمَةِ الّتي عَلِم، ومن فضله المتقدّم، قال: ﴿وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ يَهْدِى مَن يَشَآءُ﴾[4] معناه: فيُطْلِعهُم على الغَيْب، فيُعْلِمُونكم به كما شاء، لا إله إلا هو. وفي هذا إشارة إلى أنّه لا يُعْلَم شيءٌ من عِلْم الغَيْب إلاّ مِنْ قِبَلِ الرُّسُل، فلا يَلْحَقْكُمْ[٧] في ذلك رَيْب، ولا تغترُّوا بمُنَجِّم ولا عَرَّافٍ، ولا تستدلُّوا بأمارةٍ[٨] ما في السّماء من كوكبٍ، أو في الأرض من مذهب[5]؛ فإنّ ذلك تِيهٌ وضلالٌ[6]، ولو جاز لأحدٍ أن يُدْرِكَهُ لكان أوْلاَنا به رسولُ الله.

---

(١) ف، م: «حضرته».

(٢) م: «وإهابه مطهر وشخص منور روي عنه»، ف: «إهابه مطهر وشخص مطهر ممتور روى عنه»، جـ: «وإهابه مطهر وشخص مطهر مون وي» والمثبت من القبس.

(٣) «في الأول والمآل» زيادة من القبس.

(٤) ف: «الثالثة».

(٥) م: «بالنظر»، ف، جـ: «بالتطرق» والمثبت من القبس.

(٦) م: «لا يدرك كونه»، ف، جـ: «لا يدركونه ولاع يدركه» والمثبت من القبس.

(٧) جـ، ف: «يلحقهم».

(٨) ف، جـ: «بإشارة».

....

(1) انظرها في القبس: 3/ 874.

(2) في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

(3) آل عمران: 179.

(4) آل عمران: 179.

(5) تتمّة العبارة كما في القبس: «على ما يكون غدًا بحال».

(6) تتمة العبارة كما في القبس: «قد تبرّأ النّبيّ ﷺ منه».

وقوله[1]: «إنّما أنا بَشَرٌ» يعني به: بَشَرٌ[١] حاكمٌ بينكم.

وَ«إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ»[2] وفي ذلك إشارةٌ إلى الدّليل على أن الخِصَامَ[٢] لا يكون إلاّ عند الحاكِمِ، وهو الّذي يقضي ويَنْفُذُ قَضاؤُهُ.

فإنْ حَكَّمَ رجلان رَجُلاً[٣] بينهما، فإنّه على اختلافٍ كثيرٍ بين العلماء، جملتُه: أنّه يجوزُ عندنا وينفُذُ، وبه قال الشّافعيُّ[3]، وقال أبو حنيفةَ[4]: لا يَنْفُذُ إلاّ أن يوافِقَ مذهبَ قَاضي البلد، وهذا باطلٌ؛ لأنّ علماءنا قالوا: إنّه يَنْفُذُ؛ لأنّ القاضيَ وكيلُ الخَلْقِ، هم أقاموه للفَصْلِ بينهم والقيام بمنافعهم، فإن خفّفوا عنه من ثِقَلِهِم جازَ ذلك لهم، ولا يجوزُ صَرفُ الكلّ عنه أو الأكثرِ؛ لأنّ ذلك يكون عُدُولاً عنه[٤]، وقدِ اتّفقنا على أنّ القاضِيَ إن[٥] قَدَّمَ قاضيًا فحَكَمَ الثّاني بغيرِ مذهبِ الأوّلِ، أنّه نافذٌ معمولٌ به، فكذلك هذا.

الفائدة الرّابعة[5]:

قوله[6]: «وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ». قال أبو عُبَيْد[7]: «اللَّحَنُ - بفتح الحاء - الفِطْنَةُ، واللَّحْنُ - بجزم الحاء - الخطأ في الكلام».

والخَصم - بفتح الخاء - أحد الخصمين، ويقال ذلك للاثنين والجمع[٦]، قال الله تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَنكَ نَبَؤُا۟ ٱلْخَصْمِ﴾ الآية[8]، والخِصْم - بالكسر - والخِصام: المُجَادلة.

---

(١) «يعني به بشر» استدركناها من القبس.

(٢) م، ف، ج: «الدليل أنّ الحكم» والمثبت من القبس.

(٣) «رجلاً» زيادة من القبس.

(٤) في القبس: «يكون عزلاً».

(٥) في القبس: «لو».

(٦) م، ج: «الجميع».

....

(1) في حديث الموطأ السابق ذِكْرُهُ.

(2) جزء من الحديث السابق.

(3) انظر الحاوي الكبير: 16/ 325.

(4) حكاه عنه العثماني في رحمة الأمة: 409.

(5) انظر العارضة: 6/ 83.

(6) أي قول النّبيّ ﷺ في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

(7) في غريب الحديث: 2/ 232 - 233.

(8) سورة ص: 21.

واللَّحَن[1] ـ بفتح الحاء ـ الفِطْنَةُ، يقال منه لحِنٌ ـ بكسر الحاء ـ أي فَطِنٌ، يَلْحَنُ لَحَنًا ـ بالفتح ـ في المصدر، واسمُ الفاعل منه لَحِنٌ، أي فَطِنٌ، ومنه قول عمر بن عبد العزيز: عَجِبْتُ لِمَنْ لاَحَنَ النَّاسَ كَيْفَ لاَ يَعْرِف جَوَامِعَ الْكَلِمِ. ويقال منه: رجلٌ لَحِنٌ، إذا كان فَطِنًا.

واللَّحْنُ ـ بإسكان الحاء ـ الخطأ في الكلام، يقال منه قد لَحَنَ ـ بفتح الحاء ـ لَحْنًا ـ بإسكان الحاء ـ ومنه حديث عمر: «تَعَلَّمُوا اللحن وَالْفَرَائِضَ وَالسُّنَنَ كَمَا تَتَعَلَّمُوا الْقُرْآنَ»[2]، ومنه حديث أبي العالية قال: كُنتُ أَطُوفُ مَعَ ابْنِ عَبَّاسٍ وَهُوَ يُعَلِّمُنِي اللَّحنَ مِنَ الْكَلاَمِ»[3]، وإنّما سمِّي لَحنًا لأنّه إذا بَصَّرَهُ فقد عَرَّفَه[4]، ومن اللّحن قولُه تعالى: ﴿وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ ٱلْقَوْلِ﴾[5]، تأويله ـ والله أعلم ـ في فحواه ومعناه.

قال الشاعر[6]:

وَلَقَدْ لَحَنْتُ لَكُمْ لِكَيْمَا تَفْهَمُوا ... وَوَحَيْتُ وَحْيًا لَيْسَ بِالْمُرْتَابِ

وقوله: «وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ» يقول: ربّما كان وقد يكون، وأراد بذلك أهل الخِصَام[7]، وأكثر ما يأتي «لَعَلَّ» بمعنى التَّرجِّي(١) والطَّمَع إلاّ في هذا فإنّها بمعنى: رُبَّ.

وقوله: «بَعْضَكُمْ» يقول لبعض الخصمين.

---

(١) ف: «الرّجاء».

....

(1) الكلام التالي إلى قول الشاعر، مقتبس بتصرف من غريب الحديث لأبي عبيد: 2/ 232 ـ 233.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة (31044) من قول عمر.

(3) أخرجه الفاكهي في أخبار مكة (334)، والحاكم في المستدرك: 2/ 368 (ط. عطا)وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

(4) يقول أبو عبيد في غريب الحديث: 2/ 233 «لأنّه إذا بصّره الصواب، فقد بصّره اللّحن» وهو الصّواب.

(5) محمد: 30.

(6) هو القتّال الكلابي، عبد الله بن مجيب، كنيته: أبو المسيب، لُقِّبَ بالقتّال لتمرّده وفَتْكِهِ، وهو شاعر إسلامي، وقيل جاهلي، قضى حياته في الاقتتال والهرب من أهل قتلاه، على أنّ فتكه ليس رغبة منه في القتل، بقدر ما هو تورط وأنفة وبأس، وقد مات مقتولاً، انظر: الشعر والشعراء لابن قتيبة: 2/ 294، وأسماء المغتالين: 203. والبيت في ديوانه: 36.

(7) قال نحوه البوني في تفسير الموطأ: 100/ ب.

وقوله: «أَلْحَن» قال ابنُ حبيب[1]: «يعني أَفْطَنُ وأَجْدَلُ[2]. وقيل: أدرَى وأقوَى على الخِصَامِ[3]، ومنه قولُه تعالى: ﴿وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ﴾[4] يعني في منطقِ القولِ».

وقال الهرويّ[5]: يعني أقوى وأجدل[6].

وثبت عنه ﷺ أنه قال: «أَبْغَضُ الرِّجَالِ إِلَى اللَّهِ الخَصِمُ الأَلَدُّ»[7]، وقوله: «مَنْ خَاصَمَ فَجَرَ، وَمَنْ فَجَرَ كَفَرَ»[8].

مزيد وضوح[9]:

قال علماؤنا في قوله ﷺ: «وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ» إشارةٌ إلى الدّليل على أنّ أحدَ الخَصمين وإن كان أفهمَ من الآخَرِ، فإنّه ليس ينبغي للحاكِمِ أنْ يعضُدَهُ بحُجَّتِهِ، ولا أن يُنَبِّهَه على منفعةٍ، وقد قال بعض علمائنا: لا بأس للقاضي أن ينبِّهَه على حُجّة[١]، ولست أراه لِمَا بيّنّاه.

الفائدة الخامسة[10]:

وقولُه[11] «فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ» إشارةٌ إلى الدّليل على أنّ القاضيَ لا يكونُ إلاّ عالمًا، خلافًا لأبي حنيفةَ حيثُ قال: إنّه يجوزُ أن يكونَ جاهلاً عاقلاً، فيقلِّد

---

(١) ف: «الحُجّة». وفي القبس: «أن ينبّه المغفّل من الخصوم على حُجّةٍ».

....

(1) في تفسير لغريب الموطّأ: الورقة 104 [2/ 236].
(2) الذي في غريب ابن حبيب: «يعني أفطن وأحْذَقُ».
(3) جملة: «وقيل: أدرى وأقوى على الخصام» غير ثابتة في غريب ابن حبيب.
(4) محمد: 30.
(5) في غريب الحديث: 2/ 232.
(6) في الغريب: «يعني أفطن لها وأجدل».
(7) أخرجه البخاري (2457)، ومسلم (2668) من حديث عائشة.
(8) القسم الأول من الحديث أخرجه البخاري (34)، ومسلم (58) من حديث عبد الله بن عمرو. أما القسم الثاني، فأخرجه أحمد: 2/ 176 من حديث عبد الله بن عمرو أيضًا.
(9) انظره في القبس: 3/ 874 ـ 875، وراجع العارضة: 6/ 83.
(10) انظرها في القبس: 3/ 875، وراجع العارضة: 6/ 83.
(11) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.

غيرَهُ ويحكُمَ بما يقولُ له[1]، وهذا باطلٌ؛ فإنّ الّذي يُفتِي هو الّذي يَقضِي، وهذه غايةُ الجَهالَة من أبي حنيفة[١]. وقد تعلّق أصحابُه في ذلك بأنّ عبدَ الرّحمن بنَ عَوْفٍ دَعَا عثمانَ بن عفّانَ إلى البَيْعَةِ على تقليدِ أبي بكرٍ وعمرَ[2]، وعجبًا لعلمائهم أن يتعلّقوا بهذا المعنَى الّذي ليس من مسألتنا بِوِرْدٍ ولا صدرٍ، وأوّلُ ما فيه الكذبُ؛ فإنّ عبد الرّحمان إنّما بَايَعَ عثمانَ ليسيرَ[٢] بسِيرَةِ الشّيخين في اعتماد العَدْلِ، والاحتياطِ على الخَلْقِ، وإحكامِ الضّبط لِمَا انتشر[٣] من أمرِ النّاسِ، وكذلك فَعَلَ، ما خالَفَ ولا نَقَضَ[٤]، كما بيّنّاه في «**كتاب المشكلين**».

أمّا أنّه ربّما توهّمَ مُتَوَهِّمٌ أنّ في قول عبدِ الرّحمن لعثمانَ: «أُبَايِعُكَ[٥] عَلَى سِيرَةِ الشَّيْخَيْنِ» حَمْلاً له على تقليدِهِمَا فيما سبَقَ من أحكامِهِما، بناءً على تقليد العالِمِ للعالِمِ[٦] على ما تقدّم وضوحه في «**أصول الفقه**»[3]، وذلك يجوزُ عند الحاجةِ إلى ذلك وضِيقِ الوقتِ، فأمّا مع الإطلاقِ والاسترسالِ في كلِّ نازلةٍ تَقَعُ، فإنّه ممنوعٌ إجماعًا.

الفائدة السّادسة[4]:

قوله[5] ﷺ: «فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ» هذا ممّا تعلّق به بعضُ أصحابِ أبي

---

(١) في القبس: «وهذه الواسطةُ الجاهلةُ عناءٌ في القضاء».

(٢) م: «يسير». (٣) ف: «أيسر».

(٤) م، ج: «نقص». (٥) م: «أنا».

(٦) ف: «العالم» وهي ساقطة من م، ج، والمثبت من القبس.

....

(1) يقول المرغيناني في الهداية: 3/ 101: «الصّحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا، خلافًا للشافعي».

(2) أخرجه البخاري مُطَوّلاً (7207) من حديث المِسْوَر بن مَخْرَمَة.

(3) يقول المؤلّف في المحصول في علم الأصول: 65/ب «لا يجوز لمن قدرَ على النّظَر أن يُقلّد عالماً. وقال بعض النّاس: يجوز للعالم أن يقلّد عالماً، كما يقلّده في القبلة. وهو ضعيفٌ؛ فإنّ العمل في القبلة ليس من باب التّقليد، وإنّما هو من باب سماع الخبر وقَبوله. فأمّا إن خاف العَالِمُ الفَوْتَ، فهل يجوز له أن يقلّد العالم؟ اختلف الناس فيه، وهي مسألة اجتهادية. والصحيح عندي جوازه؛ لأنّ ما يقتحم في التقليد من الخطأ أيسر من اقتحام فوت الوقت» وانظر هذه المسألة في المقدمة في الأصول: 10 مع حاشية المعلّق.

(4) انظرها في القبس: 3/ 875 ـ 877.

(5) في حديث الموطأ السابق ذكره.

حنيفةَ في الامتناع من القضاءِ على الغائبِ[1]؛ لأنّه إذا لم يسمَعْ كلامَهُ، لمن يَقْضِي؟ أو بم[١] يقضي؟ وقد رَوَى أبو داودَ[2] وغيرُه[3] عن عليّ بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنّ النّبيّ ﷺ قال لعليٍّ حين أرسله إلى اليمن: «لاَ تَقضي لأَحَدِ الخصْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ، فَإِنَّكَ إِنْ[٢] فَعَلْتَ لاَ تَدْرِي بِمَا[١] قَضَيْتَ» وساعَدَهُ على ذلك عبد الملك بن المَاجِشُون من أصحابنا والشّافعيّ. والمسألةُ عظيمةُ الموقعِ، كثيرةُ الاختلافِ في المذهبِ[4].

وفي هذا: إنّ الحاكم أو القاضي لا يقضي بعِلْمِهِ بحَالٍ، ولو جازَ ذلك لأحدٍ لكان أَوْلَى النّاس بذلك رسولُ الله ﷺ، وهو قد تركَ ذلك وتورَّعَ عنه، فرُوِيَ أنّه قال حين أُشِيرَ عليه بقتل منِ استوجبَ القتلَ ممّن ظهر نِفَاقُه وتبيَّنَ شقاؤه: «أَخَافُ أَنْ يَتَحَدَّثَ النَّاسُ أَنَّ مُحَمَّدًا يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ»[5] فعلّلَ ذلك بالتُّهمةِ الّتي تَعُمُّ ما قدّمناه.

وروى أبو داود[6]؛ أنّ النّبيّ ﷺ أرسلَ أبا جَهْم مُصَدِّقًا فَلُوجِجَ[٣] في الصَّدَقَةِ فَشُجَّ، فَارْتَفَعُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالُوا: الْقَوَدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فقال: أَوَ تَأْخُذُونَ كَذَا وَكَذَا؟ فَأَبَوْا، ثُمَّ قَالَ: أَوْ كَذَا؟ فَأَبَوْا. ثُمَّ قَالَ: أَوْ كَذَا؟ فَرَضُوا. قَالَ: فَأَخْطُبُ النَّاسَ وَأُعْلِمُهُمْ بِرِضَاكُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ. فَأَعْلَمَ، فَقَالُوا: لاَ، مَا رَضِينَا. فَأَرَادَهُم الْمُهَاجِرُونَ والأَنْصَار، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لاَ، وَنَزَلَ، فَجَلَسُوا إِلَيْهِ فَأَرْضَاهُمْ، وَقَالَ: أَخْطُبُ وَأُعْلِمُ النَّاسَ؟ قَالُوا: نَعَمْ. فَخَطَبَ فَأَعْلَمَهُمْ، فَقَالُوا: رَضِينَا. وهذا نصٌّ.

---

(١) في النسخ: «بما» والمثبت من القبس.

(٢) في القبس: «يعني إن».

(٣) في سنن أبي داود: «فَلاَجَّهُ» من المنازعة والمخاصمة.

....

(1) انظر الهداية شرح البداية: 3/ 107 وقيّده بقوله: «إلاّ أن يحضر من يقوم مقامه».

(2) في سننه (3582م).

(3) كالإمام الطيالسي (125)، وأحمد: 1/ 90، والترمذي (1331) وقال: «هذا حديث حسن»، وأبي يعلى (371)، والبيهقي: 10/ 137.

(4) انظر المعونة: 2/ 1512.

(5) أخرجه البخاري (4905)، ومسلم (2584) من حديث جابر.

(6) في سُنَنِهِ (4523) من حديث عائشة، مع اختلاف في الألفاظ. وأخرجه أيضًا: ابن أبي شيبة (18032)، وابن ماجه (2638)، والنسائي في الكبرى (9680).

وثبتَ في الصّحيح أنّ النبيّ ﷺ قال في قصّة هلالٍ وشَريك: «إِنْ جَاءَتْ بِهِ بِكَذَا[١] فَهُوَ لِهِلاَلٍ» يَعْنِي الزَّوْج، «وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ بِكَذَا[1] فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ السَّمْحَاء» يَعْنِي بِهِ الْمَقْذُوف[٢] فَجَاءَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ، فَقَالَ: «لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا»[1].

وقد وَهَمَ بعضُ[٣] النّاسِ في إحدى هاتين المسألتين، وهي مسألةُ القضاءِ على الغائبِ، منهم البخاريُّ[2]، فقالوا: الدّليلُ على القضاء على الغائب أنّ النّبيّ ﷺ قَضى لهِنْدٍ على أبي سُفْيَانَ، فقال: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[3] وقد بيّنّا في «**مسائل الخلاف**» أنّ هذا وهمٌ عظيمٌ، وأنّه لا مُتَعَلَّقَ لهم في هذا[٤] الحديث، وحقّقنا أنّها كانت فتوى، وأنّ أبا سفيانَ كان حاضرًا، ولا خلافَ بين الأُمَّة أنّه لا يُقْضَى على غائبٍ في البلدِ معلومِ المَوْضِعِ، على ما بيّنّاه.

الفائدة السّابعة[4]:

قوله[5]: «فَلاَ يَأْخُذَنَّ» إشارةٌ إلى الدّليل على حُكْمِ الحاكِمِ أنّه لا يحلِّلُ مُحَرَّمًا ولا يُحرِّم محلَّلاً، ولا يغيِّر شيئًا من طريق الشَّرعِ، بما يظهر من حُجَّةِ أَحَدِ الخَصْمين على الآخَرِ، فَمِنْ هذا حذَّرَهُم النّبيُّ ﷺ وعلى هذا نَبَّهَهُم[٥]، وقدِ اتّفق العلماءُ على ذلك إلاّ أبا حنيفةَ[6]، فإنّه سَقَطَ[7] في هذه المسألة فقال: إنّ الرّجل إذا جاء إلى الحاكِمِ بشاهِدَي

---

(١) م، ف: «الكذا».
(٢) م، ف، ج: «المعروف».
(٣) «بعض» زيادة من القبس.
(٤) «هذا» زيادة من القبس.
(٥) ف: «ينههم».

....

(1) أخرجه مسلم (1496) من حديث أنس.
(2) وذلك في كتابه «الجامع الصحيح المسند» كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب (الباب الذي قبل الحديث 7180).
(3) أخرجه البخاري (5364)، ومسلم (1714) من حديث عائشة.
(4) انظرها في القبس: 3/ 877 ـ 878.
(5) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.
(6) انظر المبسوط: 16/ 180، 184. وبدائع الصنائع: 7/ 15.
(7) في القبس: «فإنّه سقط على أمِّ رأسه». وجاء في هامش نسخة من نُسخ القبس بخطٍّ مغاير: =

زُورٍ في الباطن، فشَهِدُوا أنّ فلانةَ زوجُ فلانٍ، وليست منه، قَبِلَ شهادَتهما وحَكَمَ له بتزويجها(1)، أنّه يَحِلُّ له ذلك ظاهرًا وباطنًا، ويَطَؤُهَا بكتاب الله. ومعاذَ الله أن يكون باطلٌ تُنَزَّهُ(٢) الأموالُ على أن يَنْفُذَ فيها، ويَنْفُذَ في الفُروج الّتي هي أعْظَمُ حُرْمَةً، على ما أوضحناه(٣) في «مسائل الخلاف».

وأقوى مُتَعَلَّقٍ لهم؛ أنّ النّبيّ ﷺ أباح المرأةَ في اللِّعان للزّوج الثّاني، مع أنّ اللِّعان زُورٌ وكذِبٌ، واللِّعانُ أصلٌ مُسْتَوْفًى وحُجَّةُ ضَرُورَةٍ كما بيّنّا.

وأقوى ما في هذا الحديث؛ أنّ النّبيّ ﷺ قال: «اللهُ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْ تَائِبٍ»(1) فبيّن النّبيُّ ﷺ أنّ قضاءَهُ انبنَى على كَذِبٍ للضّرورةِ، وقد اتّفقنا على أنّ القاضِيَ لو عَلِمَ الكَذِبَ في هذه المسألة، لَمَا جاز له أن يَقْضِيَ، فإنّ خطأَ القاضي لا يَلْزَمُ، وهي مسألةٌ عظيمةٌ؛ فإنّ ذلك لا يُلْزِمُهُ ضَمَانًا يُوجبُ عليه مَلَامًا(٤).

والأصلُ في ذلك: أنّ خالدَ بنَ الوليدِ لمّا أخطأ في بني جَذِيمَةَ، لم يُعَلِّقْ به النّبيّ(٥) شيئًا، اللّهمّ إلاّ أنّه قال: «اللهُمَّ إِنِّي أَبْرَأُ إِلَيْكَ مِمَّا صَنَعَ خَالِدٌ»(2) وَوَدَاهُم(٦) وأموالَهُم، والمعنى(٧) يعضُدُه. والقاضي(٨) لو نظر بشَرْطِ سلامَةِ العاقبةِ، وهو ألاّ يُعَوِّلَ على النَّصِّ وإنّما يبني حُكْمَهُ على الاجتهاد، لكان ذلك باطلاً من وجهين:

أحدُهما: أنّه كان يكون تكليف ما لا يُطَاق.

والثّاني: أنّه كان يكونُ تنفيرًا للخَلْقِ عن الوُلاة، فتتعطّلُ الأحكامُ.

---

(١) في القبس: «بزوجيتها» وفي القبس: 18/ 23 (ط. هجر): «لهما بزوجيّتهما».
(٢) في القبس: «فينزّه».
(٣) جـ: «أوعيناه».
(٤) «ملامًا» استدركناها من القبس.
(٥) ﷺ.
(٦) في النسخ: «وردهم» والمثبت من القبس.
(٧) في النسخ: «والحق» والمثبت من القبس.
(٨) في القبس: «فإنّ القاضي».

....

= «رحم الله الإمام، ما كان ينبغي لجلالته وفضله أن يذكر الإمام الأعظم بمثل ذلك: وطريق الأدب مع سائر الأيمّة واجب، وكل مجتهد مصيب على مذهب المؤلّف» القبس: 3/ 373 (ط. الأزهري).
(1) أخرجه مسلم (1493) من حديث ابن عمر، وقد سبق تخريجه.
(2) أخرجه البخاري (4339) من حديث سالم عن أبيه.
(3) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 100/ ب.

الفائدة الثامنة[1]:

قوله[2]: «فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» يقول: إنّما أَحْكُمُ له بما يُوجِبُ النّارَ، إلاّ أن يغفرَ الله[3]، ويرضَى المظلوم عن الظّالم، وإلاّ فالنّار[4].

الحديث الثّاني، قوله[5]: «الْقُضَاةُ ثَلاَثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ» العارضةُ فيه[6]: أنّ الّذي يقضي بالجَوْرِ، فإنّه قد أتى كبيرة من أعظم الكبائر في ظُلم[١] العباد، ونَقْضِ عهد الله بالجَوْرِ من بعد ميثاقه، وما أَبْعَدَهُ من المغفرة المطلقة، والّذي يقضي بالجهل[٢] جائر[٣]، لا[٤] تقصُر مرتبته عنه.

ومثالُ الأوّل: مِثلُ أميرٍ يقتلُ من لا يحلُّ قتله من مستحقّه أو لا مستحقّه.

ومثالُ الثّاني: مثلُ من يتعرّض للقتال، ولا يُبَالِي أصابَ بقَتْلِهِ من يستحقّه أو مَنْ لا يستحقّه، وكذلك من يسترسلُ على وَطْءِ من وجَدَ من النّساء، ولا يُبَالِي كيف كانتِ الحالُ، أتحِلُّ أو لا تحِلّ.

فالأوّلُ منتهكٌ للحُرْمَة عَمْدًا. والثّاني مستهينٌ بها نِيَّةً وعَقْدًا. والثّالث من خلفاء الله في أرضه، وممّن قال فيه النّبيُّ: «الْمُقْسِطُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمَانِ وَكِلْتَا يَدَيْهِ يَمِينٌ»[7].

---

(١) ف: «ظلمه».
(٢) م، جـ: «بالحقّ»، ف: «بالجور» والمثبت من العارضة.
(٣) ف: «عالما».
(٤) م، جـ: «الا».

....

(1) في الموطأ (2103) رواية يحيى.
(2) في تفسير الموطأ: «إلاّ أن يعفوَ اللهُ».
(3) «وإلاّ فالنار» من زيادات المؤلّف على نصّ البوني.
(4) أي قوله ﷺ في الحديث الذي في أوّل الباب.
(5) انظر هذا الشرح في العارضة: 6/ 67 ـ 68.
(6) سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.
(7) انظره في العارضة: 6/ 68، وراجع الذخيرة: 10/ 16.

تفصيل[1]:

هذا الّذي قضى بالحقّ، إن كان عن عِلْم، فهو الّذي يقومُ عن يمين الرّحْمن، وإن كان عن تقليدٍ، فلا يجوزُ أن يُتَّخَذَ قاضيًا إلاّ عند الضّرورة، فيقضي حينئذٍ في النّازلة بفتوى[(١)] عالم رآه، ورواه بنصّ النّازلة، فإن قاس على قوله، أو قال: يجوزُ من هذا كذا أو نحوه، فهو مُتَعَدٍّ، ولا يحلُّ توليةُ مقلّدٍ في موضعٍ بوجهٍ من الوجوه، في موضعٍ يكون فيه من هو أعلم منه، أو يكون فيه عالمٌ مشهورٌ، فإن تقلّدَ، فهو جَائِرٌ مُتَعَدٍّ؛ لأنّه قعدَ في مَقْعَدِ غيره.

الحديث الثالث[2]، قوله: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ» وقد بيّنّا أنّه حَسَنٌ غريبٌ، وهو في الصّحيح من طريق أبي بكر[3][(٢)]؛ قال النّبيُّ: «إِذَا أَصَابَ الْحَاكِمُ فَلَهُ عَشرة أُجُور، وَإِذَا أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ»[4].

الأصول[5]:

قال الإمامُ: هذا الحديث يشهد له القرآن، وذلك قولُه: ﴿مَن جَآءَ بِٱلْحَسَنَةِ فَلَهُۥ عَشْرُ أَمْثَالِهَا﴾[6].

وهذا الحديث ممّا يتعلّقُ به من ذهب إلى أنّ الحقَّ في جهةٍ واحدةٍ في مسألة تصويب المجتهدين، وهي نازلةٌ في الخلاف عظيمةٌ، وقد بيّنّا ذلك في «**كتب الأصول**»[7].

---

(١) ج: «يفتي».
(٢) في العارضة: «أبي بكرة».

....

(1) انظره في العارضة: 6/ 71، وقد سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.
(2) لم نقف على هذا الطريق في ضوء المصادر التي وقفنا عليها، والحديث سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.
(3) سبق تخريجه صفحة: 213 من هذا الجزء.
(4) انظر كلامه في الأصول في العارضة: 6/ 71 ـ 72.
(5) الأنعام: 160.
(6) يقول المؤلّف في المحصول في علم الأصول: 65/ ب «وقد اختلف الناس فيه [أي في تصويب المجتهدين] اختلافًا متباينًا، عمدته: أنّ قومًا قالوا: إن كلّ مجتهد في الفروع مصيب، وهو قول العلماء. ومنهم من قال: الحقّ في قول بعضهم، وإليه يميل الضعفاء من الفقهاء بجهلهم بالطريقة. والصّحيح أنّ كلّ مجتهد مصيب. واحتجّ من قال بأن الحق في قول أحدهما بأنّ النازلة إذا

وممّا قال فيه[١] مَنْ ذهب إلى أنّ الكُلّ صوابٌ؛ أنه خبرٌ واحدٌ ولا يُثبِتُ خبرُ[٢] الواحدِ[٣] الأصولَ.

الحديث الرّابع: حديث ابن أبي أوْفَى في «التّرمذيّ»[1] قال رسولُ اللّهِ ﷺ: «اللّهُ مَعَ الْقَاضِي مَالَمْ يَجُرْ، فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَانُ».

إيضاح مشكلة:

القاضي بالحقّ ما كان اللّهُ معه، فإذا ترَكَهُ الله جَارَ، هذا إخبارٌ عن بداية المقادير وحكمه بالتّقدير، وملكه بالتّدبير[٤]، فاللّه تعالى هو الحقُّ، ولا يريد إلاّ الحقّ، والباطل ليس منه في شيءٍ.

الحديث الخامس: ذكر أبو عيسى[2] عن أنس بن مالك؛ أنّ النّبيّ ﷺ قال: «مَنْ

---

(١) «ومما قال فيه» زيادة من العارضة يقتضيها السّياق.

(٢) م، ج: «بخبر».

(٣) م: «واحد».

(٤) م، ج: «بتدبير»، ف: «للتّدبير» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

....

وقعت وقال أحد المجتهدين: هي حلال، وقال الآخر: هي حرام. فلا يجوز أن يكونا مصيبين؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى محال، وهو اجتماع التحليل والتحريم في عين واحدة. وهي عمدتهم التي يعتقدون قوتها، وهي لا تساوي أن تسمع، والجواب عنها أن نقول: الدليل في المسألة ما قدّمناه في أول الكتاب من أنّ التحليل والتحريم ليست بصفات للمحللات ولا للمحرمات، وإنما هي عبارات عن قول الشارع فيما شرع، وعن قول المفتي فيما أفْتَى، وذلك كالنبوة ليست بصفة ذاتية للنبيّ، وإنما هي عبارة عن مكاشفته بالوحي، فإذا أدّى الناظر النّظرُ إلى تحليل عين، لم يتعلّق بالعين من ذلك وصف، وهو مطلوب بالعمل باجتهاده، وبما أدّى إليه نظره. وإن نظر آخر فأدّاه نظره إلى تحريم عمل أيضًا على مقتضى اجتهاده ولم يتعلّق بالعين من قوله شيء». وانظر أحكام القرآن: 3/ 1270؛ والعارضة: 2/ 144، 6/ 71، 13/ 231.

(1) الحديث (1330) وقال: «هذا حديث غريب لا نعرفُه إلاّ من حديث عمران القطّان».
قلنا: أخرجه أيضًا ابن ماجه (2312)، وابن حبّان (5062)، والحاكم: 4/ 93 وصحّحَهُ، والبيهقي: 10/ 88، 134. قال ابن حجر معلّقًا على قول الترمذي السابق ذِكْرُهُ: «وفيه [أي في عمران القطّان] مقال، إلاّ أنّه ليس بالمتروك، وقد استشهد به البخاري وصحّح له ابن حبّان والحاكم».

(2) في جامعه الكبير (1323)، والحديث أخرجه أيضًا: أحمد: 3/ 118، وأبو داود (3578 م) وابن ماجه (2309)، والحاكم: 4/ 92، والبيهقي: 10/ 100.

(3) علق المؤلّف في العارضة: 6/ 70 على هذا الحديث بقوله: «وكرّرَهُ [أي الترمذي في الحديث اللاحق

سَأَلَ الْقَضَاءَ وُكِلَ إلى نَفْسِهِ[١]، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَنْزِلُ عَلَيْهِ مَلَكٌ مِنَ السَّمَاءِ يُسَدِّدُهُ»[1] وهذا لا كلامَ فيه.

الحديث السّادس: حديثُ أبي هريرة؛ قال: قال رسولُ الله ﷺ: «مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»[2] حَسَنٌ غريبٌ[3].

قال علماؤنا: هذه عبارة عن كلِّ حال القضاء أو بعضه، فإنّ القتلَ إعدامُ[٢] الحياةِ، وإذا وَلِيَ القضاء بعد عَدَم[٣] الحياةِ الأخرى. وضرب المَثَلَ بالسِّكين لأنه أَوْجَزُ[٤] وأعجلَ في الهَلَكَةِ، فيكونَ هَلاكُه بغير السِّكين من الآلات تعذيبًا[٥]. وهذا يَحتَمِلُ أن يكون إذا طَلَبَهُ، ويحتَمِلُ أن يكون إذا حَرَصَ عليه، وكان بعضُ الأشياخ يحكي عن بعض القضاة السُّوء أنّه إذا سمع هذا الحديث يقول: أيُّ ذبحةٍ، ما أحلاها!

المقدّمة الثّانية

في معرفةِ شروط القضاء[٦]، ومعرفة من يجب تقديمُه ومن لا يجب، ومن يجوزُ له الحُكم ممّن لا يجوزُ.

---

(١) في النُّسخ: «وكل إليه» والمثبت من الترمذي.

(٢) في النُّسخ: «عدم» والمثبت من العارضة.

(٣) في النسخ: «إعدام» والمثبت من العارضة.

(٤) في العارضة: «أوحى».

(٥) م، ف: «تعديمًا».

(٦) م: «القضاء وشروطه».

....

(1324) بأصحّ من السَّنَد الأوّل. وقال: هو حسن غريب، وهذا يعضده الحديث الصّحيح؛ أنّ النبيَّ ﷺ قال لعبد الرحمن بن سمرة: يا عبد الرحمن، لا تسأل الإمارة...».

(1) أخرجه ابن أبي شيبة (22980)، وأحمد: 2/ 230، 365، وأبو داود (3571 م)، وابن ماجه (2308)، والترمذي (1325)، والنسائي في الكبرى (5923)، والطبراني في الأوسط (2678)، والدراقطني: 4/ 203، 204، والحاكم: 4/ 91 وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، والبيهقي: 10/ 96. وانظر الدراية: 2/ 66، وتلخيص الحبير: 4/ 184، ونصب الراية: 4/ 64.

(2) هذا الحكم هو للإمام الترمذي في جامعه (1325).

(3) هذه الصفات مقتبسة من المنتقى: 5/ 182.

وفي هذه المقدّمة فصلان: أحدهما: في صفة القاضي، والفصل الثّاني في مجلسه وآدابه وحُسن سِيرته.

الفصل الأول
في صفته

أمّا[1] صفاته[١] في نفسه:

فإحداها[٢]: أن يكون ذكرًا[2].

والثّانية: أن يكون مُفْرَدًا.

والثّالثة: أن يكون بصيرًا.

والرّابعة: أن يكون مسلمًا.

والخامسة: أن يكون حُرًّا.

والسّادسة: أن يكون عالمًا فقيهًا.

والسّابعة: أن يكون عَدْلاً.

والثّامنة[3]: أن يكون سليم الجوارح من الصَّمَمِ والعَمَى وغير ذلك.

تفصيل:

أمّا[4] «اعتبار الذّكورة» فحَكَى عبد الوهّاب[5] وغيرُه أنّه مذهب مالك والشّافعيّ[6].

وقال أبو حنيفةَ: يجوزُ أن تَلِيَ المرأةُ القضاءَ في الأموالِ دُونَ القِصَاصِ[7].

---

(١) م، ف، ج: «صفته» والمثبت من المنتقى.

(٢) «فإحداها» زيادة من المنتقى يقتضيها السّياق.

....

(1) في المنتقى: «ذكرًا بالغًا».

(2) هذه الصّفة من زيادة ابن العربي على نصّ الباجي.

(3) من هاهنا إلى قوله: «من عهد النّبي ﷺ إلى الآن» مقتبس من المنتقى: 5/ 182 ـ 183.

(4) انظر المعونة: 3/ 1506، والإشراف: 2/ 278.

(5) انظر الحاوي الكبير: 16/ 156.

(6) انظر المبسوط: 16/ 72.

(7) انظر أدب القاضي للخصاف مع شرحه للجصّاص: 354.

وقال محمّد بن الحسن[1] والطّبريّ: يجوز على كلّ حال.

والأدلّةُ لنا من ثلاث طرقٍ: الأوّل: ما رُوي عنه ﷺ أنه قال: «لاَ يُفْلِحُ قَوْمٌ أَسْنَدُوا أَمْرَهُمْ إِلَى امْرَأَةٍ»[2].

ومن جهة المعنى: إنّما هو أمر يتضمّن فصل القضاء فوجب أن تُنافيهِ الأُنوثة كالإمامة.

ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النّبي ﷺ إلى الآن.

وقال[3] أصحابُ أبي حنيفة[4](١): إنّ المرأة تقضي فيما تشهَدُ فيه؛ لأنّه من جازَ أن يكون شاهدًا في شيءٍ، جازَ أن يقضي وأن يكون فيه قاضيًا كالذّكَرِ، وهو يَنتَقِضُ عليه بالكافِرِ، فإنّه يجوزُ عنده أن يكون شاهدًا، ولا يجوزُ أن يكون حاكمًا ولا قاضيًا. وأجمعتِ الأُمّةُ أنّها لا تكونُ خليفةً، فكذلك القضاءُ، وإنّما أشار الطّبريُّ إلى مذهب أبي حنيفةَ، ومذهبُ أبي حنيفةَ إنّما هو إذا حَكَمَتْ، وأمّا أن يُقَدِّمَها الإمامُ لتكونَ منصوبةً للنّاس، فما كان ذلك قطُّ مذهبًا لأحدٍ. وقدِ اتّفقتِ الأُمّةُ على أنّها لا تؤذّنُ؛ لأنّ صوتَها عورةٌ، فإذا لم يَجُزْ سماعُ صوتِها وهي في المئذَنَةِ لاَ تُرَى، فأَوْلَى وأَحْرَى ألاّ تجوزَ مجالستُها ولا محادَثَتُها ابتداءً من قِبَلِ نفسِها، فكيف أن يُلْجِئَها الإمامُ لذلك، ولو تَفَطَّنَت لهذا عصبةُ الجاهلينَ ما كانوا عن الحقّ ناكبين.

الثّانية[5]:

أمّا «كونه مُفْرَدًا» فإنّه لا يُوَلّى اثنان فأكثر على وجه الإشراك، فيكون لأحدِهما النّظر مفردًا. وقال ابنُ شعبان في «الزّاهي» له: «والحاكمُ لا يجوز أن يكون نصف حاكم، فلا يجتمع اثنان فيكونان حاكِمَيْن» وعلى ذلك إجماعُ(٢) الأُمّةِ من زمان النّبي ﷺ إلى وقتنا

---

(١) في القبس: «وقد قال أبو حنيفة».

(٢) م، ف، ج: «اجمع» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أخرجه البخاري (4425) من حديث أبي بَكْرَةَ.

(2) من هنا إلى قوله: «عن الحقّ ناكبين» ورد في القبس: 3/ 878 ـ 879.

(3) انظر شرح فتح القدير: 7/ 279.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 182 ـ 183.

(5) من هنا إلى قوله: «هو ذلك أو غيره» مقتبس من المنتقى: 5/ 183.

هذا، ولا أعلم أنّه اشترك قطُّ قاضيان في زمان مَنْ تقدَّمَ، ولا سُمِعَ بذلك؛ لأنّ ذلك كان يؤدّي إلى المُخالفة والتّناقض.

الثّالثة:

أمّا[1] «كونه بأن يكون بصيرًا» فلا خلافَ بين المسلمين في المنع من كَوْنِ الأعْمَى حاكمًا[١]. وهو مذهبُ أبي حنيفةَ[2] والشّافعيّ[3]، وبلغني عن مالك أنّه كان يقول: إن كان[4] يميّزُ الأصواتَ ممّن تكرّرَ عليه صوتُه[5]، وليس كلُّ مَن شهد عنده ممّن يتكرّر عليه، فقد يشهدُ عنده ويزكّى في غير ذلك المجلس، فلا يدري هل هو المزَكّى عنده هو الّذي زُكّيَ عنده بالأمس أو غيره، وقد يخرجُ بغير هذه التّزكيةِ، فلا يدري هل هو ذلك أو غيره.

وقد احتجّ قومٌ بحديث[6] ابن أُمّ مَكْتُوم فقال: إنّ النّبي ﷺ قدِ استخلَفَهُ على المدينة في أحد الغزوات.

الجواب ـ قلنا: إنّما كان ذلك لأنّه لم تكن في ذلك الزّمان خصوماتٌ، وإنّما كان يقعُ في النّادر أمرٌ يحتاجُ إلى التّسديد[٢]، وكان ابنُ أمّ مَكْتُومٍ به مُسْتَقِلًا[٣]، أوَ لا تَرَى أنّه إنّما كان يخافُ على المدينة عورةً، ولم يكن ابنُ أمّ مكتومٍ مُسْتَقِلًا بحماية الحَوْزَةِ،

---

(١) م، ف، جـ: «حكمًا» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، جـ: «التشديد» وفي القبس: «التسيير» والمثبت من القبس (ط. الأزهري) وقد أشار ناشرها في الهامش إلى أن في نسخة مخطوطة: «التشيد». وفي القبس (ط. هجر): «التسرير».

(٣) ف: «مستدلا».

....

(1) انظر المبسوط: 16/ 108 ـ 109.

(2) انظر أدب القاضي لابن القاص: 1/ 101، والحاوي الكبير: 16/ 155.

(3) الذي المنتقى: «وقد بلغني ذلك عن مالك، والدّليل على صحّة هذا القول: أنّ في تقديمه للقضاء تضييقًا على المسلمين في طرق القضاء وانفاذًا لأحكام، والحاكم مصضرٌ إلى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلبًا من مطالب الحق، والأعمى وإن كان...».

(4) نقل القرافي عن القاضي عياض أنّه قال في التنبيهات: «الإجماع على اشتراط السمع والبصر، إلاّ ما يُحْكَى عن مالك في جواز قضاء الأعمى، فغير معروف ولا يصحّ عن مالك» الذّخيرة: 10/ 19.

(5) انظر باقي المسألة في القبس: 3/ 879 ـ 880.

(6) انظر هذه الفقرة في القبس: 3/ 879 ـ 880.

وخليفةُ الأميرِ[١] لابُدَّ أن يكونَ فيه من الاستقلالِ بحماية الحَوْزَةِ وَلَمِّ الشَّعَثِ عند الاختلاف العامِّ، وقد كان ذلك مُتَعَذِّرًا في ابن أُمِّ مَكْتوم، فدلَّ على أنّ رسولَ الله - والله أعلم - إنّما كان يَثِقُ من ربِّه بعِصْمَةِ المدينة على أن يخالِفَ إليها بعدَهُ من يريدُها بسوءٍ، وكان يعلَمُ من أهلها قِلَّةَ الاختلافِ، فلأجل ذلك كان استخلافهُ له.

الرّابعة:

وأمّا[1] إن كان التَعَذُّرُ في السّماع من بَكَم[٢]، فلم يَفْهَم الحاكِمُ الإشارةَ، أو كان من لُغَةٍ[٣] لم يَعْرِفِ التكلُّمَ بها، ولم يكن عنده[٤] معبِّرٌ يُعبِّرُ له ذلك الكلام، فهذه مسألة خلافيّة اختلفَ فيها العلماءُ.

أمّا «الصّمم» فقال قوم: لا يجوز لقوله ﷺ[2]: «فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ» ففيه دليلٌ على أنّ التَّفَهُّم قد جُعل بين الحاكم والخَصْمَيْن، فإن[3] تعذَّرَ ذلك من القاضي بصَمَم، أو من الخَصْم بِبَكَم، أو بِلُغَةٍ لا يفهمُها القاضي، فالّذي سمعتُ أنّ الرّجل إذا كان أَصمّ أو أعمى فإنّ النّاس اختلفوا في توليته القضاء، والّذي عندي أنّ واحدًا منهم لا يجوزُ أن يكونَ قاضيًا، وأقولُ: إن ذلك إجماعٌ، وذلك على الإطلاق، إلاّ في الأوقات اليسيرةِ والقَصَصِ المخصوصةِ؛ فإنَّ القضاءَ مَبْنِيٌّ على الفَصْلِ، وكلُّ ما أمكنَ من تحصيلِ الفَصْلِ والاختصارِ لا يُلْتَفَتُ معه إلى التّطويلِ، ولهذا قال العلماءُ: لا يجوزُ قَبُولُ شَهَادَةَ الفَرْعِ مع القُدرةِ على شُهودِ الأصلِ، لِمَا في ذلك من زيادة النَّظَرِ على القاضي في العدالة، ولِمَا في ذلك من زيادة الأعذارِ على المطلوب، فإذا رُوعِيَ هذا القَدْرُ في رسم القضاءِ، فالّذي يفوتُ بالصَّمَمِ والعَمَى أعظمُ[٥] من ذلك.

---

(١) ف: «الأمر».
(٢) م: «بكم أو صمم».
(٣) م، ف، جـ: «من معه» والمثبت من القبس.
(٤) في القبس: «ولم يكن بدّ من».
(٥) ف: «أكثر».

....

(1) في حديث الموطأ (2103) رواية يحيى.
(2) انظر باقي المسألة في القبس: 3/ 879.
(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 183.

المسألة الخامسة[1]:

أمّا «اعتبارُ إسلامِهِ» فلا خلافَ فيه بين المسلمينَ أنّ الكافرَ لا يكونُ قاضيًا على مُسْلِم.

السّادسة[2]:

وأمّا «اعتبارُ الحرّيّة» فقال عبد الوهّاب[3]: لا خلافَ فيه بين الأُمّةِ.

ووجهُ ذلك: أنّ منافعَ العبدِ مستحقّةٌ لسيّده، فلا يجوزُ أن يصرفَها للنّظر بين المسلمينَ. ولأنه ناقصُ الحُرْمَة نقصًا يؤثّرُ في الإمامةِ كالمرأةِ.

السّابعة[4]:

وأمّا «اعتبارُ كونِه عالمًا فقيهًا» فلا خلافَ في ذلك مع وجُودِ العالِم العَدْلِ، و*إن كان النّاس قد اختلفوا في تولية الأميّ إذا كان بصيرًا مُمَيِّزًا، فأكثر العلماء منعوا من ذلك*[5].

والّذي يحتاجُ إليه من العِلْم، أن يكون من أهل النّظر والاجتهاد، رُوِيَ عن ابن القاسم عن مالك[(١)] في «المجموعة» أنّه قال: لا يُسْتَقْضَى مَنْ ليس بفقيهٍ. وقال أَشْهَبُ وابن المَاجِشُون وأَصْبَغ في «الواضحة»: لا يصلُحُ أن يكونَ صاحب حديث إلاّ فقيهًا، ومن لا فِقْهَ له وهو من أهل الحديث المجرَّد، فلا تَصِحُّ فتواهُ ولا قضاؤُهُ؛ لأنّ أكثرَ النّوازلِ تفوتُه معرفتُها، فلا يفتي إلاّ من كانت له صفة الفقه، وأن يكون قد جمع صفات الاجتهاد.

والأصلُ في ذلك: قولُه تعالى: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ الآية[6]. فاعلم أنّ

(١) «عن مالك» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 183.

(2) في المعونة: 3/ 1506.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 183.

(4) ما بين النّجمتين من زيادات المؤلّف على نصّ المنتقى.

(5) النحل: 44.

(6) النساء: 105.

النّبيّ إذا بيّن لهم تَفَكّروا، فإذا لم يكن عندهم تبيين النّبيّ لِمَا أنزل الله إليه من الكتاب، لم يتمكّن لهم التفكُّر في أحكامه، وقد قال تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾ الآية[1]، ومن ليس من أهل الاجتهاد فإنّه لا يرى شيئًا، ولذلك قالوا: لا يفتي من لا يعرف إلاّ أن يخبر بما سمِعَ[١]، فلم يجعل ذلك من باب الفتوى، وإنّما هو إخبارٌ عن فتوى صاحب المقالة عند الضّرورة، لعَدَمِ المجتهدِ الذي تجوزُ له الفتوَى.

فإذا لم يوجَد إلاّ عالمٌ غير مرضيّ، أو مرضيّ غير عالم، فاختلف علماؤنا في ذلك:

فقال أَصْبَغُ: يُستقضَى العدل؛ لأنه يستشيرُ أهلَ العِلْمِ ويجتهدُ.

وقال ابنُ حبيبٍ: إن لم يكن له عِلْمٌ ووَرَعٌ، فعقلٌ وَوَرَعٌ؛ لأنّه بالعقل يسألُ وبالورع يعفُّ، فإذا طلب العالِمَ وجدَه، وإذا طلب العقلَ لم يجده.

مسألة[2]:

وأمّا «اعتبارُ العدالةِ» فالظّاهرُ من أقوال علمائنا المسلمين أنّها شرطٌ في صحّة القضاءِ، وفي «النّوادر»[3] من «كتاب أَصْبَغ»: أنّه يجوزُ حُكْمُ المسخوطِ ما لم يَحْكُمْ بجَوْرٍ، وإن لم تجز شهادته، والأوّل أصحّ[4]؛ لأنّ الفِسْقَ يُنَافِي نُفُوذَ الأحكامِ كالكُفْر.

نازلة[5]:

وهل يعتبرُ في ذلك أن يكونَ سميعًا؟ لم أر فيه نصًّا، وعندي أنّه ممنوعٌ، لما يحتاجُ من سماع دَعْوَى الخُصومِ وأداءِ الشّهادة، وليس كلُّ شاهد يُمكنه أن يكتبَ شهادته فيعرضها عليه، مع ما في ذلك من تضييقِ الحالِ على النّاس.

---

(١) ف، ج: «يسمع».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 183 ـ 184.

(2) 8/ 12.

(3) الظّاهر أنّ القول الأوّل سقط من النّسخ المعتمدة، وهو كما في المنتقى: «وقال القاضي أبو الحسن: لا تنعقد الولاية للحاكم الفاسق وإن طرأ الفسق بعد انعقادها انفسخت ولايته».

(4) هذه النّازلة مقتبسة من المنتقى: 5/ 184.

(5) هذه النّازلة مقتبسة من المنتقى: 5/ 184.

نازلة أخرى[1]:

وهل يجوزُ أن يكون الأميُّ[2] حاكمًا[١] وإن كان عالماً عَدْلاً؟ لم أر فيه نصًا أيضًا، ولأصحاب الشّافعي في ذلك وجهان: المنع والجواز[3].

والأظهرُ عندي الجوازُ؛ لأنَّ النّبيَّ ﷺ كان لا يَكْتُب.

ومن جِهَةِ المعنَى: أنّه لا يحتاجُ إلى قراءةِ العُقُودِ، وينوبُ عنه في ذلك أهل العدل.

نازلة أخرى[4]:

وهل يُسْتَقْضَى وَلَدُ الزّنا؟

قال سُحنون: لا بأس بذلك، ولا يحكم في حدّ الزّنا كما لا يحكم القاضي لأبيه.

والأظهرُ عندي أنه ممنوعٌ؛ لأنَّ القضاءَ موضعُ رِفْعَةٍ وطَهَارةٍ، فلا يليها ولد الزّنا، كالإمامة في الصّلاة.

نازلة أخرى[5]:

وهل يُستقضَى الفقيرُ أم لا؟

فروى ابن سحنون عن أبيه أنه يُستقضى إذا كان أعلمهم وأرضاهم، ولكن لا ينبغي أن يجلسَ حتّى يُغْنَى ويُقْضَى عنه دَيْنُه. وهذا ممّا لا خلاف في صحّتِه، وليس يُؤَثِّرُ[6] في دِينِه ولا عِلْمِه، ولكن يُستحبّ أن تُزَالَ حاجتُه للتّفرُّغ للقضاء وليكون له أسلم، وقد أجمع العلماء أنّ قضاءَهُ جائزٌ. وليس من صفاته أن يكون غنيًا بإجماعٍ، وقد قال الله

---

(١) م، ف، جـ: «حكمًا» والمثبت من المنتقى.

....

(1) المراد بالأميّ هنا: الذي لا يكتب.
(2) انظر الوسيط للغزالي: 7/ 291.
(3) هذه النازلة مقتبسة من المنتقى: 5/ 184.
(4) الفقرة الأولى مقتبسة من المنتقى: 5/ 184، أمّا الثانية فانظرها في العارضة: 6/ 77.
(5) أي الفقر.
(6) البقرة: 247.

تبارك وتعالى عن بني إسرائيل في قصّة طالوت: ﴿أَنَّىٰ يَكُونُ لَهُ ٱلْمُلْكُ عَلَيْنَا﴾ الآية[1]، والقاضي أبدًا في حُكْم الشّرع لا يكونُ إلاّ غنيًا أو يُغْنَى؛ لأنّ بيتَ المالِ له ولأمثاله، ومَغْنَاهُ[١] فيه، فلمّا حبس بيت المال[٢] واحتاج هو وأمثاله إليه ولم يُمَكَّن[٣] منه، كان غَنَاءُ القاضي أفضل من فَقْرِه.

العارضة[2]:

قال الإمام الحافظ أبو بكر الطّرطوشي بالمسجد الأقصى ـ طهّره الله ـ قال: لمّا ولي جدِّي ـ يعني لأمِّه ـ أبو زيد بن الحَشا[3] القضاء بطُلَيْطِلَة[4]، جَمَعَ أهلَها وأخرجَ لهم صُندوقًا فيه عشرة آلاف دينارٍ، وأخرج لهم صندوقًا آخر مملوءًا من ثياب حَسَنة، فقال لهم: هذا مالي وهذه ثيابي، فلا تَحْسِبُوا ظهورَ حالي من وِلاَيَتِكُمْ، ولا مَالِي من أمْوَالِكُم، فنزّهُوهُ عن ذلك.

نازلة أخرى[5]:

وهل يُسْتَقْضَى المحدودُ في الزّنا والقَذْف، والمقطوعُ في السّرقةِ إذا كان مرضيّ الحال؟ وهل يَحْكُم فيما حُدَّ فيه[٤]؟ فجوّزَ ذلك أَصْبَغ، وفرّق بينه وبين الشّهادة. ومَنَعَهُ

---

(١) في العارضة: «فغناه».

(٢) في العارضة: «المال أربابه».

(٣) جـ: «يكن».

(٤) ف: «فيما فيه حدّ».

....

(1) انظرها في العارضة: 6/ 77.

(2) هو عبد الرحمن بن محمد بن عيسى، المعروف بابن الحشا، أصله من قرطبة، رحل إلى المشرق، قال عنه ابن حيّان ـ فيما نقله عياض في ترتيب المدارك: 8/ 143 ـ «كان بارع العلم، راجحاً عفيفاً، حاضر الشاهد والخاطر».

(3) يقول ابن بشكوال في الصّلة: 1/ 326 «استقضاه المأمون بن يحيى بن ذي النون بطليطلة بعد أبي الوليد بن صاعد في 450، وحمده أهل طليطلة في أحكامه وحسن سيرته، ثم صُرِفَ عنها في سنة ستين، وصار إلى طرطوشة واستقضي بها، ثم صُرِفَ واستقضي بدانية، إلى أن توفي بها سنة ثلاث وسبعين وأربع مئة».

(4) هذه النازلة مقتبسة من المنتقى: 5/ 184.

(5) وهم جمهور المالكية، انظر المعونة: 3/ 1501.

سُحنون اعتبارًا بالشّهادة، وهو الصّوابُ عندي.

الفصل الثّاني
في آداب القضاء ومجلسه

قال علماؤنا: في هذا الباب جملة مسائل:

المسألة الأولى:

قال عمر بن عبد العزيز: لا ينبغي للرّجل أن يكونَ قاضيًا حتّى تكون فيه خمس خصال، فإن أخطأ واحدةً كانت فيه وصمة، وإن أخطأته اثنتان كانت فيه وصمتان: حتّى يكون عالمًا بما قَبْلَه، مستشيرًا لذوي الرّأي، منزّهًا عن الطَّمَع، حليمًا على[(١)] الخَصْم، مخلصًا لله تعالى، فإذا كان هذا، نصبَ نفسه للحُكْم بين النّاس.

واختلفَ علماؤنا في أيِّ موضعٍ ينصب نفسَه للأحكامِ؟

فقال قومٌ[(1)]: ينبغي أن يكون في المسجد، فمِمَّن كان يقضي في المسجد شُرَيْح، والحسن البصري، والشّعبيّ، ومُحَارِب بن دِثَار، ويحيى بن يعمر.

[(2)] وكرهه جماعة منهم: الشّافعيّ[(3)]، وعمر بن عبد العزيز.

وقال مالك[(4)]: «القضاء في المسجد من الحقّ والأمرِ القديمِ؛ لأنّه يرضى بالدّون من المجلس، ويصل إليه الصّغيرُ والكبيرُ، والضّعيف والمرأة، ولا يحجب[(٢)] عنه أحد»[(٣)].

قال ابن أبي زيد[(5)]: «واحتجَّ بعضُ أصحابِنا في ذلك بقوله: ﴿وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُا

(١) م، ج: «عن».

(٢) ف: «ولا يحتجب».

(٣) «أحد» زيادة من المنتقى يقتضيها السّياق.

....

(1) من هنا إلى آخر المسألة مقتبس من المنتقى: 5/ 184 ـ 185.

(2) انظر أدب القاضي لابن القاص: 1/ 152، والحاوي الكبير: 16/ 31.

(3) في المدونة: 4/ 76 كتاب القضاء.

(4) في النوادر والزيادات: 8/ 20.

(5) سورة ص: 21.

ٱلْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُواْ ٱلْمِحْرَابَ﴾ الآية[1]، ورُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ قَضَى في المَسْجِدِ»[2].

ويُستحبُّ أن يجلسَ منه في رحابه الخارجة، قال مالك: ليصل إليه اليهود والنّصارى والحائض والجُنُب، وحيث ما جلس القاضي المُوَفَّق المأمون أجزأَهُ.

وقال أشهبُ في «المجموعة»: لا بأسَ أن يقضيَ في مجلِسِه ومنزِلِه وحيثُ أحبَّ، وأحبُّ إِلَيَّ أن يقضي حيث جماعة المسلمين وفي المسجد الجامع.

وقَال سحنون(١): إلاّ أن يدخل عليه ضَرَرٌ لكثرة النّاس حتّى يشغله ذلك عن النَّظَر والفهم، فليكن له موضعٌ يَحُولُ بينه وبين من يشغله، واتَّخذَ سحنون بيتًا في المسجد فكان يقعد(٢) ويحكم للنّاس فيه.

قال علماؤنا[3]: ولا ينبغي للقاضي أن يقضي في الطّريق، إلاّ أن يكون أمرٌ عَرَضَ واسْتُغِيثَ فيه إليه، فلا بأس أن يأمر فيه وينهى، فأمّا الحُكْمُ الفاصل فلا، قالَهُ مُطَرِّف وابن المَاجِشُون.

وقال أشهبُ في «المجموعة»: لا يقضي وهو يمشي، وقال أيضًا: لا بأس إذا لم يشغله ذلك.

قال علماؤنا[4]: ولا بأس أن يقضي وهو متّكِيء.

المسألة الثانية[5]:

قال علماؤنا[6]: ولا تقامُ الحدودُ في المسجد بالضّرب(٣) الكثير، إلاّ اليسير

---

(١) في المنتقى: «قال سحنون قال غيره».

(٢) م: «يعقد».

(٣) في المنتقى: «ولا الضّرب».

....

(1) كما في حديث سهل بن سعد الساعدي الذي أخرجه البخاري (423) ومسلم (1492).

(2) المقصود هو الإمام الباجي.

(3) المقصود هو الإمام الباجي.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 185.

(5) المقصود هو الإمام الباجي.

(6) أخرجه البخاري (6233)، ومسلم (2160) من حديث أبي هريرة.

كالخمسة أسواط[١] والعشرة ونحوها، قاله مالك في «الموازية» و«المجموعة» و«كتاب ابن سحنون».

ووجه ذلك: أنّ الحُدودَ تبلغُ[٢] سَيَلاَن الدّم والتّأثير في الأجسام[٣]، والمساجد تُنَزَّهُ عن مثل هذا. وأمّا أن تكثر الحدود فيه فلا؛ ولأنّها موطن رحمة.

المسألة الثالثة:

وينبغي للقاضي إذا دخل المسجد أن يركع ركعتينِ عند دخوله قبل أن يجلس، ويدعو الله عند فَرَاغِه منهما بالتّوفيق والعِصْمَة والتّسديد، ثمّ يجلس مستقبل القِبْلَة، ويسلّم على القوم إذا استقبلهم، وعند دخوله أيضًا وعند خروجه، إلاّ إذا صار لمنزله، لقوله ﷺ: «يُسَلِّمُ القَلِيلُ على الكَثِيرِ»[1]. وكذلك يفعلُ الخَصْمَانِ إذا وصَلاَ إليه، اقتداءً برسول الله ﷺ، فيردّ السّلام، ويجلس الخصمان بين يديه، ويسوّي بينهما في المجلس، لا يرفع أحدهما على صاحبه.

وقد اختُلِف فيمن تقدّم إذا خَفِيَ عليه السّابق منهما، فقالت فرقةٌ: يُقرَع بينهما، فمن خرجت قُرعته قَدَّمَهُ، وأحسن من هذا أن يمدّ خيطًا يلي مجلسَهُ أحد طرفي الخيطِ، ويلي الطّرفُ الآخر ناحيةَ مجلسِ الخُصومِ، فكلُّ مَن جاء كتبَ اسمه في رقعة ورفع الرقعة في طرف الخيط، هكذا حتّى إلى آخرهم، فإذا جلس القاضي، مدّ يده إلى الطّرف الّذي يليه من الخيط، فكلُّ رُقعةٍ تُقَابِلُه أخذَها وأمرَ بصاحبها، ثمّ لا يزال كذلك حتّى يأتي على آخر الرّقاع. فإن كَثُرتِ الرّقاعُ عليه، وزال الوقتُ الّذي يقضي فيه، عرف الطّرف الّذي كان يليه من الخيط حيث جلس، فيتناول في المجلس الثّاني الرّقاع كفِعْلِهِ في المجلس الأوّل حتّى تنفد الرّقاع.

وليس في الوقت الّذي يقضي فيه القاضي سُنَّة يُعْتَمَدُ عليها، والّذي يجبُ إذا حضرَ الخصومُ أن ينظر بينهم ولا يؤخّر ذلك، بل ينفذ الحكم بينهم.

---

(١) م، ج: «الأسواط».

(٢) في المنتقى: «تباشر».

(٣) ف: «الأجساد».

....

(1) المقصود هما مُطرِّف وابن الماجِشُون كما نص على ذلك الباجي في المنتقى: 5/185، وهذه الفقرة

المسألة الرّابعة:

فإذا كان هذا، فهل يتّخذُ أوقاتًا يحكمُ فيها أم لا؟ أو يجلس على ما هو أرفق به وبالنّاس ولا يضيق عليه حتى يصير كالأجير؟

فقد قال علماؤنا[1]: لا يجلسُ بين العشاءين ولا في الأسحار، إلاّ أن يحدث أمرٌ لا يؤمن منه، فلا بأس أن يأمر فيها وينهى ويسجن. وأمّا على وجه الحُكْم بين الخصوم فلا، وقد شَذَّ أشهب فقال في «**المجموعة**»: لا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء.

توجيه[2]:

أمّا قول مُطَرِّف وابن المَاجِشُون أنّه يتّخذ أوقاتًا يجلس فيها على ماهو أرفق به، فالمعنى: أنّه ليس عليه الجلوس في ذلك الوقت لإحضار الخصوم وتقييد المقالات؛ لأنّ ذلك لا يقرب، فأمّا ما يُخَاف فواتُه فيلزم الحُكْم فيه.

ومعنى قول أشهب أنّه أباح له ذلك؛ لأنّ تركه من حقوقه، فإذا أراد ذلك فهو مباحٌ له. والأوّل أظهر عندي لِمَا في ذلك من الضَّرَرِ لمن يدَّعِي[١] في[٢] ذلك الوقت، ويشقّ فيه نقل البيّنات، مع ما في ذلك من الخروج عن العادة.

المسألة الخامسة[3]:

وليس عليه أن يقضي النّهار كلّه، قاله في «**المجموعة**» وقال[4] في «**الموازية**»: إنّي أخاف أن يُكْثِر فيُخْطِيء.

وقال في «**المجموعة**»: ويُكْرَه أن يقضي إذا دخله هَمٌّ أو نُعاسٌ أو ضَجَرٌ أو جُوعٌ؛ لأنّه يُخَافُ على فهمه إلاّ أن يكون خفيفًا لا يضرُّ بفهمه[5].

---

(١) في المنتقى: «بما يدعى».

(٢) «في» زيادة من المنتقى.

....

مقتبسة من المنتقى.

(1) هذا التوجيه مقتبس من المنتقى: 5/ 185.

(2) القسم الأوّل من هذه المسألة ـ إلى قوله: «فهي كالغضب» مقتبس من المنتقى: 5/ 185.

(3) القائل هو الإمام مالك كما في المنتقى.

(4) أورده ابن أبي زيد في النوادر والزيادات: 8/ 24 نقلاً عن المجموعة.

(5) أخرجه ـ مع اختلاف في الألفاظ ـ: البخاري (7158)، ومسلم (1717) من حديث أبي بَكْرَةَ.

والأصل في ذلك: قولُه: «لاَ يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ غَضْبَان»[1]. فكلُّ حال يمنعُ من استيفاء حُجَجِ الخُصوم فهي كالغضب.

وأمّا الحديث فصحيحٌ سَنَدًا ومعنًى، خرَّجهُ أبو عيسى الترمذيّ[2] عن أبي بَكْرَةَ، والمشهورُ عن النَّبيِّ ﷺ أنّه قال: «لاَ يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ غَضْبَان»[3] وهذا ممّا اتّفق العلماءُ عليه أنّه لا يحكُم وهو غضبان، أراد[4] إذا نَالَهُ غضبٌ أو جُوعٌ أو جَزَعٌ، أو يُشغِل خاطره، ويفسد ـ بقطع النّظر ـ علمه ورأيه(١)، ولهذا قال عليه السّلام: «لاَ يُصَلِّيَنَّ أَحَدُكُم وَهُوَ ضَامٌّ بَيْنَ وَرِكَيْهِ»[5] لأجل ثقل ما يجده.

المسألة السّادسة:

وهو ذكرُ ما يبتدىء به القاضي عند جلوس الخُصوم عنده، وما يأمر به، فقد قال علماؤنا: إذا تقدَّم إلى القاضي الخصمان، تركهما ليتكلّم المدَّعِي منهما، فإن جَهِلَ ذلك، فلا بأس أن يقول: يتكلّم المدَّعِي منكُمَا، ولا يدعهما جميعًا يتكلّمان، لكن يبدأ المدَّعِي فيتكلّم، فإذا فرغ من كلامه، تكلّم المُدَّعَى عليه، وليسوِّي(٢) بين الخصوم في جلوسهما بين يدَيْه، والإقبال عليهما، وقد رُوِيَ عن عمر بن الخطّاب أنّه كان يكتب إلى أبي موسى الأشعري: «آسِ بَيْنَ النَّاسِ بِوَجْهِكَ وَقَضَائِكَ، حَتَّى لاَ يَطْمَع شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ وَلاَ يَيْأَسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ»[6]. ولتُسوِّي بين الخصمين وكان شُرَيْح القاضي يُسَوِّي بين الخَصْمين

---

(١) م، ف، ج: «قطع النّظر عليه ورأيه فلا يحكم» والمثبت من العارضة.

(٢) م، ج: «ويسوي».

....

(1) في جامعه (1334) بلفظ: «لا يَحْكُمُ الحاكمُ بين اثنينِ وهو غَضْبَانٌ» وقال الترمذي: «هذا حديث حسنٌ صحيح».

(2) هو الحديث السابق نفسه، ولا ندري إن كان هذا سبق قلم من المؤلّف، أم من فعل النّسّاخ؟ أم هو من عيوب النقل الحرفي من المصادر، فالفقرة السابقة نقلها المؤلف من المنتقى، ثم أضاف إليها من إنشائه.

(3) من هنا إلى آخر المسألة ورد في العارضة: 6/ 78.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (440) من قول عمر بن الخطاب.

(5) أخرجه الدارقطني: 4/ 207، والبيهقي: 10/ 150.

(6) انظر الحاوي الكبير: 16/ 275.

في المجلس، وبه قال الشّافعيّ[1] وأبو حنيفة[2].

وليس لأحد أن يليَ القضاء حتّى يكون عالمًا بالكتابِ والسُّنَّة، عالمًا باختلاف الصَّحابة ومَنْ بعدهم، وأن يكون عالمًا بإجماع أهل العلم واختلافهم، جيِّدَ العقل أمينًا فَطِنًا، فإذا كان كذلك وتقلّد القضاء، أمضَى ما يجب عليه من الأحكام، ممّا هو منصوصٌ في الكتاب والسُّنَّة والإجماع، أو ما دلّ عليه بعضُ ذلك، فإذا ورد عليه مُشْكِلٌ من الأمر عندَهُ، أحضر له أهل المعرفة بالكتاب والسُّنَّة والإجماع، وسألهم عن ذلك واستشارهم فيه.

والأصل فيه: قوله تعالى لنبيِّه عليه السّلام: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ الآية[3].

وقال الحسن البصريّ: قد علِمَ اللهُ أنّه ليس له إليهم حاجةٌ، ولكن أراد أن يسنّ لمن بعده.

وكان سفيان الثّوريّ يقول: بلغني أنّ المَشُورَةَ نصفُ العقل.

وقد سنّ رسولُ الله ﷺ الاستشارة في غيرِ ما موضعٍ، واستشارَ أصحابَهُ عام الحُدَيْبِيَة، واستشار أبا بكرٍ وعمر في أسرَى بدرٍ.

وقال ابنُ سيرين: التّثبُّتُ نصفُ القضاءِ.

وقال سفيان الثّوريّ: ليكن أهل مَشُورتك أهل التقوى وأهل الأمانة ومَن يخشى الله[4].

فإذا استشارَ القاضي وأفتى العلماء، سألهم: مَنْ قالَهُ؟ وأين قالَهُ؟ فلا يحكم بشيءٍ حتّى تتبيّن له حُجَّة يجب أن يحكم بها.

ولا يقلّد القاضي أحدًا من أهل العلم في زمانه، ولا يقضي شيئًا حتّى يتبين له الحقّ فيه، لا يسعه غير ذلك.

المسألة السّابعة:

ومنها أن يحكم باجتهاد الرّأي وما رآه من ظاهر الأمر، قال الله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾ الآية[5].

---

(1) انظر مختصر الطحاوي: 325، وشرح فتح القدير: 7/ 257.

(2) آل عمران: 159.

(3) أخرجه أبو نُعَيْم في حلية الأولياء: 7/ 13.

(4) النساء: 105، وانظر أحكام القرآن: 1/ 498.

(5) أخرجه الطبري في تفسيره: 5/ 266.

قال عطيّة العوفي: بما أراهُ اللّهُ في كتابه.

وقال قَتَادَة: بما أنزل اللّهُ عليك وبيّنَهُ لك[1].

والأحاديثُ كثيرة المَسَاقِ في هذا الباب، ثبت عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «إِذَا قَضَى الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا قَضَى فَاجْتَهَدَ وَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ»[2].

قال الإمام: هذا الحديث يدلُّ على أنّ المجتهد المخطىء الّذي له الأجرُ، هو من كان عالمًا بالأصول والأدِلّة، دونَ الجاهلِ الّذي لا اجتهادَ له، ثبت عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «مَنْ عرضَ لَهُ مِنْكُمْ قَضَاءٌ فَلْيَقْضِ بِمَا فِي كِتَابِ اللهِ، فَإِنْ جَاءَهُ أَمْرٌ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَلْيَقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ نَبِيّهُ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْه فَلْيَقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ الصَّالِحُونَ، فَإِنْ لَمْ يَجِد فَلْيَجْتَهِد رَأْيَهُ»[3].

وفي حديث شُرَيْح القاضي: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللّهِ وَلاَ سُنَّةِ رَسُولِ اللّهِ، وَلاَ فِيمَا قَضَى بِهِ أَيِمَّةُ الْهُدَى فَأَنْتَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شِئْتَ أَنْ تَجْتَهِدَ رَأْيَكَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَقْضِي بِذَلِكَ»[4].

وحديثُ معاذ بن جَبَل الّذي خرّجه أبو عيسى[5]؛ قال: بَعَثَنِي رَسُولُ اللّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، فَقَالَ لِي: بِمَاذَا تَحْكُمُ يَا مُعَاذُ؟ قُلْتُ: بِكِتَابِ اللّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟ قُلْتُ: بِسُنَّةِ رَسُولِ اللّهِ، قال: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟ قُلْتُ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي. قَالَ: الْحَمْدُ للّهِ الذي وفق رسولَ رسولِ الله ﷺ[١].

---

(١) م، ف، جـ: «وفق قولك» والمثبت من الترمذي.

....

(1) أخرجه البخاري (7352)، ومسلم (1716) من حديث عمرو بن العاصّ.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة (22991)، والدارمي (165)، والنسائي في الكبرى (5946)، والطبراني في الكبير (8920)، وابن حزم في الإحكام: 6/ 202.

(3) أخرجه النّسائي في الكبرى (5944)، وابن حزم في الإحكام: 6/ 241، 7/ 444، والضياء المقدسي في الأحاديث المختارة (133).

(4) في جامعه الكبير (1327، 1328). وأخرجه أيضًا: الطيالسي (559)، وابن أبي شيبة (22988)، وأحمد: 5/ 536، وعبد بن حميد (124)، وأبو داود (3592 م)، والطبراني في الكبير: 20/ 170 (362)، والبيهقي: 10/ 114.

(5) انظر هذا الجواب في العارضة: 6/ 72 ـ 73.

اعتراض:

فإن قيل: ليس حديثُ معاذ بصحيحٍ، ولا متَّصل السَّنَد.

قلنا[1]: قد اختلفَ العلماءُ في هذا الحديث، فمنهم من قال: هو صحيحٌ، ومنهم من قال: إنّه لا يصحّ[2]، والّذي أقول: إنّه صحيحٌ سَنَدًا ومعنًى؛ لأنّه حديثٌ مشهورٌ، رواه شُعبةُ بن الحَجّاج، ورواه عنه جماعةٌ ثِقَات.

المسألة التّاسعة وهي مسألة أصوليّة:[3]

قلنا: لو اتّفق العلماءُ على صحّة هذا الحديث، لم يكن أصلاً للتعلُّق[١] عند علمائنا الأصوليّين في إثبات الاجتهاد؛ لأنّ خبرَ الواحدِ على أصلهم لا يتعلّق به[٢]. ولكن أقول: إنّه يضافُ على أصلهم إلى غيره، فيكون مجموعًا[٣] من باب التّواتر المعنويّ، كشجاعة أبي بكر وَجُودِهِ بماله على الدِّينِ في مصالح المسلمين.

المسألة العاشرة[4]: في ترتيب أدلة الأحكام من الكتاب والسُّنّة والأخبار

وذلك أنّ القرآن هو الأصل في البيان، وهو فيه على وجوهٍ من الجَلاَءِ والخَفَاءِ، فتولّى النّبيُّ ﷺ بيانه، كما قال جلّ ثناؤه: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ الآية[5]، فإن لم يكن في الكتاب جلاءً، طَلَبَهُ في بيانِ النّبيّ ﷺ وبَقِيَ إن كان بين القرآن والسُّنّة تعارضٌ، وهي مسألة خلافيّة طُبوليّة، بيّنّاها في «**أصول الفقه**».

---

(١) في العارضة: «أصلا في التعلق».

(٢) في العارضة: «لا تعلّق به فيه».

(٣) في العارضة: «مجموعها».

....

(1) قال الترمذي في جامعه (1328) «وليس إسناده عندي بمتّصل» وقال البخاري: «لا يصحّ» وقال ابن حزم: «هذا حديث ساقط» انظر تحفة الطالب: 152، وتلخيص الحبير: 4/ 182، ونصب الرّاية: 4/ 63، وقد توسع الألباني في الكلام على الحديث في سلسلته الضّعيفة (881) فراجعه ففيه فوائد.

(2) انظرها في العارضة: 6/ 73 ـ 74.

(3) انظرها في العارضة: 6/ 75.

(4) النحل: 44.

(5) انظرها في العارضة: 6/ 75.

المسألة الحادية عشرة[1]:

قوله[2]: «أَجْتَهِدُ رَأْيِي» قال علماؤنا: هو أفتعل من الجُهْد، وهو الجِدّ في الأمر بجميع وجوهه، يعني في طلب النّظائر والأشباه الّتي تُلْحِق المسكوت بالمنطوق[١] به[٢] فيها.

المسألة الثّانية عشرة: المطلوب بالاجتهاد

وفيه زِحَامٌ كثيرٌ واضطرابٌ طويلٌ، وقد اختلفَ أهل العلم أيضًا في كيفيّة الاجتهاد، فكان الشّافعيّ[3] يقول: لا يجوز أن يقول: إنّا اسْتَحْسَنَّا كذا، ولا بما خطر على قلوبنا، ولا نقولُه قياسًا على اجتهاده على طلب الأخبار اللاّزمة.

وقال أبو عُبَيْد: الاجتهادُ عندنا هو الاختيار من المذاهب إذا اختلفت وتضادّت، فحينئذٍ يحسن التّدبير لأَقْرَبِها إلى الرُّشد والصّواب، فإن عرض للقاضي ما ليس بموجود نَعْتُه في هذه الخِصَال، رجع إلى الكتاب والسُّنَّة، وما حكَمَت به الأُمّة والصّالحون بالإجماع.

وقال الشّافعيّ: والعلم طبقات:

الأوّل: الكتابُ والسُّنَّةُ إذا ثبتت[٣].

ثم الثّانية: الإجماعُ فيما ليس فيه كتابٌ ولا سُنَّةٌ.

والثّالثة: أن يقولَ بعضُ أصحابِ النّبيّ[٤] ذلك، ولا يعلم له مخالفًا منهم.

الرّابعة: اختلاف أصحاب النّبيّ ﷺ.

والخامسة: القياسُ على بعض هذه الطّبقات.

وقال في موضع آخر: فأمّا أن يقلّد مستشيرًا، فلم يجعل اللهُ هذا لأَحَدٍ بعدَ رسول الله ﷺ.

---

(١) م: «بالظنون»، ف، جـ: «بالمظنون» والمثبت من العارضة.

(٢) «به» زيادة من العارضة يستقيم بها الكلام.

(٣) م، ف، جـ: «ثبت» ولعل الصّواب ما أثبتناه.

(٤) ﷺ.

....

(1) أي قول معاذ في الحديث السابق ذِكْرُهُ.

(2) انظر الرسالة: 505، والحاوي الكبير: 16/ 165.

(3) وهو المسألة الثّالثة عشرة، وانظرها في العارضة: 6/ 75.

اصطلاح[1]:

قال شيخنا أبو بكر بن العربي: المطلوبُ بالاجتهادِ فيه كلام طويلٌ كما قدّمنا، والّذي يظهر الآن، أنّه ما يغلبُ على ظنّه أنّه نظير ما وقع البيانُ فيه من الله تعالى.

المسألة[2]:

في حديث معاذ تحريم التّقليد، ولكن على من كانت له قُدرة على النّظر، وعِلْمٌ بمآخذ الأدلّة، وفي الأحاديث الحِسَان واللّفظُ لأبي داود[3] أكثر من أبي عيسى[4]، قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، وَلاَ عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ تُرْسِلُنِي إِلَى الْيَمَنِ وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ وَلاَ عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟ قَالَ: «إِنَّ اللهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ. إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلاَنِ فَلاَ تَقْضِي لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلاَمَ الآخَرِ، فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاء. قَالَ: فَمَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَعْدُ».

قال أصحاب أبي حنيفة[5]: قولُ النّبيّ لعليّ: «إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ الْخَصْمَانِ فَلاَ تَقْضِ لأَحَدِهِمَا حَتَّى تَسْمَع مِنَ الآخَرِ». فيه دليلٌ على أنّه لا يُقْضَى على الغائب إذا ادُّعِيَ عليه، وهي إحدى رِوَايَاته، في تفصيلٍ طويلٍ؛ لأنّه لم يسمع منه، وهذا إنّما هو مع إمكان السّماع من الآخر، وأمّا مع تعذُّرِهِ لغيبه(١)، فلا يمنع(٢) القضاء، كما لو تعذَّرَ بإغماءٍ أو جنونٍ، وقد ناقض(٣) أبو حنيفة في القضاء في الوديعة على المُودعِ عنده بالنَّفقة، وهذا

---

(١) م، ف: «بعينه»، وفي العارضة: «بمغيب».

(٢) م، ف: «يسمع»، جـ: «يسع» والمثبت من العارضة.

(٣) م، ف، جـ: «قضى» والمثبت من العارضة.

....

(1) وهي المسألة الرّابعة عشرة، وانظرها في العارضة: 6/ 75 ـ 76.

(2) في سننه (3577).

(3) في جامعه الكبير (1331) وقال: «هذا حديث حسن». والحديث أخرجه أيضًا: ابن أبي شيبة (29098، 32068)، وأحمد في مسنده: 1/ 83، وفي فضائل الصحابة (984)، وابن ماجه (2310)، والنسائي في الكبرى (8417)، وخصائص علي (32)، وأبو يعلى(401)، والبيهقي: 10/ 86، وانظر نصب الراية: 4/ 61.

(4) انظر مختصر الطحاوي: 336، والمبسوط: 16/ 76، وشرح فتح القدير: 7/ 288.

(5) الحديث (3790) عن أنس بن مالك وقال الترمذي: «هذا حديث غريب»، إلاّ أنّه لم يرد في لفظ

خطأً منه، وفي «الترمذي»[1]: «أَقْضَاكُم عَلِيّ، وَأَعْلَمُكُمْ بِالْحَلاَلِ وَالْحَرَامِ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ، وَأَفْرَضُكُمْ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ» الحديث، ولا يكون قاضيًا إلاّ مَن عَلِمَ الحلال والحرام، ولكن سُرعة الفصلِ صنعةٌ في القضاء، والغَوْص على دقائق الأدلّة نوعٌ من الفِطْنَة، كما كان عليّ رضي الله عنه.

المسألة الخامسة عشرة[2]:

قولُه: «أَجْتَهِد رَأْيِي» فيه دليلٌ على أنّ مَنْ فيه ذلك، فيه صفةٌ من الاجتهادِ، وذلك معنىً يختصُّ بالعالِمِ دون المقلِّدِ.

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة[3]: يجوز أن يولّى المقلَّد القضاءَ، وكذلك رجلٌ عَلِمَ الحقَّ فقضَى به، وهذا ليس بصفةِ المقلِّد[4]، في كلام طويل[5].

المسألة السّادسة عشرة[6]:

خطأُ القاضي بِعِلْمٍ لا يُوجِبُ عليه ضمانًا ولا يُدركه منه(١) تعقُّب، فإذا قضى بجهلٍ، فحُكْمُه حكم المتعدِّي(٢) في ماله وبَدَنِهِ، ويُؤخذ منه القِصاص في كلِّ واحدٍ منهما ممّا(٣) يتعلّق به، فإذا كان عالماً لم يلزمه شيءٌ.

والأصل في ذلك: أنّ خالد بن الوليد لَمّا أخطأ في بني جَذِيمَةَ لم يعلّق النّبيُّ به

---

(١) في العارضة: «فيه».

(٢) في العارضة: «المتعمد».

(٣) في العارضة: «بما».

....

الترمذي: «أقضاكم عليّ» وورد عند ابن ماجه (154)، وأبي يعلى (5763).

(1) انظرها في العارضة: 6/ 76.

(2) انظر المبسوط: 16/ 68.

(3) تتمّة الكلام كما في العارضة: 6/ 76 «كما يشهد يقضي».

(4) ردّ المؤلّف في العارضة: 6/ 76 ـ 77 على أصحاب أبي حنيفة بقوله: «يلزمكم أن يقضي بما علم، كما يشهد من علم. فإن قيل: أليس يقلّد الشهود والمقوّمين؟ قلنا: لأنه جاهل بطريق الشهادة ولا سبيل له إلى إحصائها، وكذا التقويم، فكانت ضرورة، وهاهنا لا يجوز له أن يجهل طريق الحكم، ولا يخلّ عليه طريق الحقّ، فكان كالمفتي، ومن لا يفتي لا يقضي وهذا أَوْلَى».

(5) انظر الفقرة الأولى في العارضة: 6/ 76.

(6) أخرجه البخاري (4339) من حديث ابن عمر، ولم نجد زيادة «في دمائهم وأموالهم» في مصادر

شيئًا، اللّهم إلاّ أنّه قال: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَبْرَأُ إِلَيْكَ مِمَّا صَنَعَ خَالِد فِي دِمَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ»[1] والمعنى يعضُده؛ فإنّ القاضي لو نظر بشرطِ سلامةِ العاقبةِ، وهو لا يُعَوِّل على النصّ وإنّما مَبْنَى[(١)] حكمه على الاجتهاد، لكان ذلك باطلاً من وجهين:

أحدهما: أنّه كان يكون تكليف ما لا يُطَاق.

والثّاني: أنّه كان يكون تنفيرًا للخَلْقِ عن الولاية، فتتعطّل الأحكام.

المسألة السّابعة عشرة:

واختلفَ العلماءُ فيما يخطىءُ فيه الإمامُ من قتلٍ أو جَرحٍ على ثلاثةِ أقوالٍ:

1 ـ فقال الثّوريُّ وأحمد وإسحاق وأصحاب الرّأي[2]: هو على بيت المال.

2 ـ والقول الثّاني: أنّ هذا على عاقلة الأرحام، وهذا قول[(٢)] الشّافعي[3].

المسألة الثّامنة عشرة:

هل يكونُ الحاكمُ مصلِحًا أم لا؟

قيل: يكون أكثر جريه إلى الصّلح، لقوله عزّ وجلّ: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ﴾ الآية[4]، ولحديث النّبيّ ﷺ؛ أنه مشَى إلى ناسٍ من الأنصار ليُصْلِحَ بينهم[5].

وقال جماعة المسلمين: إنّ الصُّلح جائزٌ بين المسلمين، وللحاكم أن يُصلِحَ بين الخصوم، وذلك مذهب الشّافعيّ والكوفيّ[6].

وقال عطاء: لا يحلُّ للإمام إذا تبيَّنَ له القضاء أن يُصْلِح بين مَنْ تبيَّنَ له القضاء فيما بينهما، وكان أبو عُبَيْد إنّما يَسَعُه ذلك في الأمور المُشكلة، وأمّا إذا صارتِ الحُجَّةُ

---

(١) في العارضة: «بنى».

(٢) م: «على قول».

....

الحديث التي وقفنا عليها.

(1) انظر أدب القاضي للخصّاف مع شرحه للجصاص: 364.

(2) انظر أدب القاضي لابن القاص: 2/ 389.

(3) النّساء: 114.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (451) رواية يحيى.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 333.

(6) انظر أدب القاضي لابن القاص: 1/ 121، والحاوي الكبير: 6/ 176.

لأحد الخَصْمَيْن على الآخر، وتبيَّنَ للحاكمِ الظَّالمُ منهُما من المظلومِ، فليس يجب عليه أن يحملهما على الصُّلحِ.

قال الإمام: وهذا قولٌ قويٌّ جدًّا في النّظر(١).

المسألة التّاسعة عشرة:

هل يكون للقاضي تُرجمانٌ يترجِمُ عن الألسن للقاضي؟ ففيه أقوال:

كان الشّافعيّ[1] يقول: لا تُقْبَل التّرجمة عنه - يعني العجمي - إلاّ بشاهدين عدلين يعرِفَان ذلك اللّسان.

وقال قومٌ: لا يحلُّ للقاضي أن يحكُمَ حتّى يعرِفَ جميع الألْسُن[2]، وهذا بعيدٌ جدًّا.

وقيل: إنّ المسلم إذا تَرجمَ عنه قبل منه، واثنان أحبّ إليّ، ولا يقبل في ذلك كافرٌ، ولا مُكاتَبٌ، ولا عبدٌ، ولو قَبِلَ ترجمة امرأةٍ بعد أن تكون حُرّة مسلمة عَدْلَة فهو في سَعَةٍ، ورجلان أو رجلٌ وامرأتان أحبّ إلينا، هذا قول أبي حنيفة[3] ويعقوب.

الموفية عشرين: في ذِكْرِ ما يجوزُ إنفاذُه من كُتُبِ القضاة بعضهم إلى بعض

قال جماعة العلماء: إنّ ذلك جائزٌ إذا كتب قاض إلى قاض، ولا يكون ذلك إلاّ بشاهِدَين عَدْلَين معروفَين، يقرؤه عليهما، ويشهدان على ما فيه على خاتم القاضي، وعلى ما في كتابه كلّه؛ لأنه حقٌّ، وهو مثل شهادة على شهادة.

نازلة:

كتابُ القاضي يصلُ وقد مات المكتوبُ إليه وولي غيره؟ فاختلف العلماء فيه:

فقيل عن الحسن البصريّ أنه قَبِلَ كتاب قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية في حكمٍ وقد عزل إياس، فأمر الحسن بعده بإنفاذه.

---

(١) م، ج: «قوي في النظر جدًّا».

....

(1) يقول ابن القاص في أدب القاضي: 1/117 «ويحرصُ أن يكون فصيحًا، عالمًا بلغات الخصوم، ضابطًا لتغيير العجميّة إلى العربية».

(2) انظر المبسوط: 16/89.

(3) في الأم: 13/56 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي: 16/231.

وقال الشّافعيّ[1]: يقبله ولا يمتنع من قَبُوله بموته ولا عزله؛ لأنه تُقبل بيِّنتُه كما يُقبلُ حُكْمُه.

وقال أصحاب الرّأي[2]: لا يُعمل به. والحقّ إنفاذه.

نازلة أخرى:

وإذا كتب القاضي إلى القاضي في الحدود، فكان أبو ثور يُجيزُ ذلك في الحدود كلّها، وهو مذهب الشّافعيّ[3]، وبه قال ابنُ القاسم[4] صاحب مالك .

وقال الشّافعيّ[5]: فيها قولان: إنّ ذلك جائز، والآخر: لا يجوز.

وقال أصحاب الرّأي[6]: لا يُقبلُ كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود.

قال الإمام: والأوّل أصحّ، وأقوى في النّظر أنه يقبل.

نازلة أخرى: في القضاء على الغائب

وهي مسألةٌ عظيمةٌ اختلف العلماء فيها، فممّن كان لا يرى القضاء على الغائب شُرَيْح القاضي، والقاسم، وابن أبي ليلى، والنّعمان[7]، ويعقوب.

وقال مالك[8] والبخاري والشّافعيّ[9] وأبو عُبَيْد واللّيث وأبو ثور: إنّ ذلك جائزٌ، وقالوا: الدّليل على القضاء على الغائب: أنّ النّبيّ ﷺ قَضَى لهند على أبي سفيان، فقال لها: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[10] وقد بينا في **«مسائل الخلاف»** أنّ هذا وَهْمٌ عظيمٌ منهم أنْ تعلّقوا بهذا الحديث، وهو لا متعلّق لهم به، وحقّقنا أنّها كانت فتوى

(1) انظر مختصر الطحاوي: 330.
(2) في الأم: 13/ 56 (ط. قتيبة)، وانظر أدب القاضي لابن القاص: 1/ 323.
(3) في المدونة: 4/ 77 كتاب القضاة.
(4) في الأم: 13/ 57.
(5) انظر مختصر الطحاوي: 330، وأدب القاضي للخصاف مع شرحه للجصاص: 446.
(6) انظر شرح فتح القدير: 6/ 400.
(7) في المدونة: 4/ 77 كتاب القضاة.
(8) انظر أدب القاضي لابن القاصّ: 2/ 364، والحاوي الكبير: 16/ 296.
(9) أخرجه البخاري (5364)، ومسلم (1714) من حديث عائشة.
(10) انظر الحاوي الكبير: 6/ 292.

واهية[١]، وأنّ أبا سفيان كان حاضرًا، ولا خلاف بين الأُمّة أنّه لا يقضى على غائب في بلدٍ معلومِ الموضع.

الحادية والعشرون: في ذكر أرزاق القضاة

قال الإمام: هذه مسألةٌ اختلفَ أهل العلم فيها، وكَرِهَ طائفةٌ أن يَأْخُذَ على القضاء أجرًا، وهو مذهب الحسن البصري، وإنّما كان هذا مذهَبُه لِوَرَعِهِ وزُهده في الدّنيا، وبه أخذ الشّافعيّ[1] والقاسم، وقال مرة[2]: إن أخذ جعْلاً لم يحرُم عليه عندي.

وقال أحمد: ما يُعجِبُني أن يأخذ على القضاء أجرة، وإن كان فيعدّ عليه.

ورخّصت طائفة أخرى فيه منهم: ابن سيرين، وشُرَيْح. واحتجُّوا في ذلك: بأن عمر بن الخطّاب استعمل ابن مسعودٍ على بيت المال، وعمّار بن ياسر على الصّلاة، وابن حنيف على الجُنْد، وَرَزَقَهُم كلّ يوم شاة شَطْرُها لعمّار، ورُبعها لابن مسعود، وربعها لابن حنيف.

ورخّص في ذلك إسحاق بن رَاهُويَة وأبو عُبَيْد.

وقال أبو بكر بن المنذر[3]: «الأعلى والأسلم له ترك الدُّخول في القضاء، استدلالاً بحديث النّبي ﷺ أنه استعمل رجلاً على عمل، فقال: يا رسول الله جُدْ لي قال: «اجلس وَالْزَمْ بَيْتَكَ»[4]».

قال الإمام: ولا شكّ أنّ الّذي أشار إليه النّبيّ ﷺ كان لمعنىً توجّسه[٢] فيه، والصّحيح أنّه إن ولي القضاءَ رجلٌ وكان مستغنيًا عن أخذِ الأُجرة، فالأفضل له ألاّ يأخذ شيئًا ويعمل لله، فإنِ احتاجَ رُزِقَ على قَدْرِ عَمَلِه وعِلْمِهِ من مال الفيء، وليس له أن يأخذ

---

(١) ف: «واسه» وهي ساقطة من م.

(٢) في جميع النسخ المعتمدة كلمة غير مفهومة، رسمها النّساخ رسمًا لأنهم لم يدركوا معناها، ولعل الصّواب ما أثبتناه.

....

(1) في الأمّ: 13/ 43 (ط. قتيبة).

(2) في كتابه الإقناع: 2/ 513.

(3) ذكر محققُ كتاب الإقناع أنّ ابن المنذر أخرج هذا الحديث في كتابه الأوسط: لوحة 62/ 8 [مخطوط المكتبة السليمانية بتركيا].

(4) المائدة: 42.

من أموال الصّدقات ولا من المغانم.

الثّانية والعشرون: في قَبُول الهديّة والرّشوة للأمراء والقضاة

فيه أحاديث كثيرة وشواهد جَمّة، قال اللَّهُ تعالى في ذَمّ من أكل أموال النّاس بالباطل: ﴿أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِۚ﴾ الآية[1]، ففسَّرَ ذلك الحسن: أنّها الرّشوة[2].

وقال مجاهد: هي الرّشوة في الحُكْم[3].

وثبت عن النّبيّ ﷺ أَنَّهُ لَعَنَ الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي فِي الْحُكْمِ[4].

وسُئِلَ ابن مسعود عن الرّشا في الحكم؟ قال: ذلك الكفر[5].

وقال النّخعي: الرّشَا في الحكم سُحتٌ.

وكان الشّعبيّ والحسن البصري يقولان: لا بأس أن يُصانِع الرّجل على نفسه وماله إذا خاف الظُّلم[6].

وقال جابر بن زيد: ما رأينا في زمان زياد أنفع من الرّشا[7].

وسئل أحمد عن الرّشوة؟ فقال: أرجو إذا كان يرفع بها عن نفسه الظُّلم.

وقال الشّافعيّ[8]: أكره للقاضي الشّراء والبيع والنّظر في النّفقة وفي ضَيْعَتِه.

ويُكرَهُ للقاضي أن يفتي في الأحكام إذا سئل عن ذلك، وكان شُرَيْح يقول: إنّما أقْضِي ولا أفتي، وأمّا الفتوى في سائر الأمور من الطّهارة والصّلاة، والزّكاة والحجّ،

....

(1) أخرجه الطبري في تفسيره: 6/ 239.

(2) أخرجه الطبري في تفسيره: 6/ 239.

(3) أخرجه من حديث أبي هريرة: أحمد: 2/ 387، والترمذي (1336) وقال: «حديث حسن»، وابن الجارود (585)، وابن حبّان (5076)، والحاكم: 4/ 103، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وانظر تلخيص الحبير: 4/ 189.

(4) أخرجه الطبري في تفسيره: 6/ 240، ووكيع في أخبار القضاة: 1/ 51، والطبراني في الكبير (9101).

(5) أورده ابن الأثير في النهاية: 2/ 226 منسوبًا إلى جماعة من أيمّة التابعين، كما أورده ابن قدامة في الشرح الكبير: 28/ 354 منسوبًا إلى عطاء وجابر بن زيد والحسن.

(6) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، كما في المعتصر من المختصر لأبي المحاسن الحنفي: 2/ 7، وأورده ابن قدامة في الشرح الكبير: 28/ 355.

(7) في الأمّ: 13/ 12 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 16/ 42.

(8) الحديث (1335)، وأخرجه أيضًا المؤلّف في علله الكبير (354)، والطبراني في الكبير: 20/ 180 (259)، وابن عدي في الكامل: 3/ 80.

والأطعمة والأشربة، وكلّ ما هو من باب[١] الأقضية فمباحٌ له.

حديث في «الترمذي»[1] فيه قَيس بن أبي حَازِم، عن مُعاذ؛ قال: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، فَلَمَّا سِرْتُ أَرْسَلَ لِي، فَقَالَ: «أَتَدْرِي لِمَ بَعَثْتُ إِلَيْكَ؟ لاَ تُصِيبَنَّ شَيْئًا بِغَيْرِ أَمْرِي فَإِنَّهُ غُلُولٌ، وَمَنْ غَلَّ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ. فَلِهَذَا دَعَوْتُكَ، فَامْضِ لِعَمَلِكَ»، وهو حديثٌ حَسَنٌ غريبٌ[2]، والأحاديث في هذا الباب كثيرةٌ جدًا.

عربيّة:

في أربعة ألفاظ[3]:

الأوّل: «الغُلولُ» وهي الخيانة عامّة، فإذا كانت في الغَنِيمَة ونحوها فهي غُلولٌ في عُرْفِ الشّرع على الإطلاق.

اللّفظ الثّاني: «الرّشوة» وهو كلّ مالٍ دفع ليبتاع به من ذي جاه عَوْنًا على ما لا يجوز، والمُرْتَشِي هو قابِضُه، والرّاشي هو دَافِعُه، والمُرَاشِي[٢] هو الّذي يوسّط بينهما، رواه أهل العربيّة[٣].

اللّفظ الثّالث: «الهديّة» وهي كلُّ مالٍ أعطاهُ عِوَضًا عن[٤] مَحَبَّةٍ ومودَّةٍ بينهُما[4].

اللفظ الرّابع: «الأكارع» قوائم الشّاة[٥] الأربعة، واحدهما كُرَاع.

وبالجملة فقد أجمع الفضلاء والعلماء الجِلّة على ذمّ الرّشوةِ وأنّها سُحْتٌ، وهي الّتي ذكرها الله عز وجلّ في كتابه، رَوَى أبو داود في «السُّنن»[5] أنّ النّبيّ ﷺ قال: «مَنْ

---

(١) ف: «أبواب».
(٢) في العارضة: «والرائش».
(٣) في العارضة: «أهل الغريب».
(٤) م، ف، ج: «من غير» والمثبت من العارضة.
(٥) م، ف، ج: «قوائم الشاة الاكراع» والمثبت من العارضة.

....

(1) هذا الحكم هو للإمام الترمذي.
(2) انظرها في العارضة: 6/ 79 ـ 80.
(3) تتمة الكلام كما في العارضة: «... ينشنها أو يديمها».
(4) الحديث (3535) عن أبي أُمَامَة. وأخرجه أيضًا الطبراني في الكبير (7853، 7928)، بدون لفظ: «والسرقة».
(5) أورد هذا البيت ابن عبد البر في بهجة المجالس: 1/ 28، والأصفهاني في محاضرات الأدباء: 1/ 495.
(6) أورد هذا البيت ابن حبان في روضة العقلاء: 243 من إنشاد الكزبري.

شَفَعَ لأَخِيهِ شَفَاعَةً، وَأَهْدَى لَهُ هَدِيَّة عَلَيْهَا فَقَبِلَهَا، فَقَدْ أَتَى بَابًا عَظِيمًا مِنَ الرِّبَا والسَّرِقَةِ» لأنّك إذا قدرتَ على قضاءِ حاجتِهِ عند السُّلطان الظّالم أو السَّيِّد القاهر، صار ذلك واجبًا عليك.

وقال بعضُهم: الهديَّةُ تعمي وتصمّ، وأنشدوا[1]:

إِذَا أَتَتِ الْهَدِيَّةُ دَارَ قَوْمٍ ... تَطَايَرَتِ الأَمَانَةُ مِنْ كُوَاهَا

وقال آخر[2]:

إِنَّ الْهَدِيَّةَ حلوة ... كالسِّحْرِ تجتلبُ[١] القلوبا

وقال آخر[3]:

وأَكْرَمُ شَافِعٍ يَمْشِي عَلَيْهِ[٢] ... أَبُو المَنقُوشِ فَوْقَ الصَّفْحَتَيْنِ

والأخبار في ذلك كثيرة أضربنا عنها في هذا «المختصر».

حديث عمر بن الخطاب[4] إِذِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ يَهُودِيٌّ وَمُسْلِمٌ. فَرَأَى عُمَرُ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ فَقَضَى لَهُ عُمَر. فَقَالَ اليَهُودِيُّ: وَاللَّهِ لَقَدْ قَضَيْتَ بِالْحَقِّ فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَقَالَ الْيَهُودِيُّ: إِنَّا لَنَجِدُ فِي التَّوْرَاةِ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِ، إلاَّ كَانَ عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ، يُسَدِّدَانِهِ وَيُوَفِقَانِهِ لِلْحَقِّ، مَادَامَ مَعَ الْحَقِ، فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ، عَرَجَا وَتَرَكَاهُ».

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى:

«ضَرَبَ عُمَرُ اليَهُودِيَّ بِالدِّرَّةِ» يحتمل أن يكون إنّما ضربه لَمَّا زكّاه في وجهه، فكره ذلك منه. ويحتمل أن يكون إنّما ضربه لقَطْعِهِ باليمين على الحُكْم بالظّاهر، حتّى ذكر له اليهوديّ الّذي حمله على اليمين، وهي مسألة عظيمة، هل يقضي القاضي بالظاهر من الأمور؟ والمشهور أنّه يحكم بالظّاهر، لقوله[5]: «وَإِنَّمَا أَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ».

---

(١) في روضة العقلاء: «تختلب». (٢) في بدائع السلك: «عليها».

....

(1) أورده ابن الأزرق في بدائع السلك: 1/ 347.

(2) في الموطأ (2104) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2878)، وسويد (272).

(3) أي لقوله ﷺ في حديث أمّ سلمة الذي رواه مالك في الموطأ (2103) رواية يحيى.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 187. (5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 187.

(6) أي لم نتعرض للحكم بينهما.

المسألة الثانية[1]:

قوله: «اخْتَصَمَ إِلَيْهِ يَهُودِيٌّ وَمُسْلِمٌ» يقتضي أنّ كلّ حكمٍ بين مسلم وكافر فإنّما يُقْضَى فيه بحكم الإسلام؛ لأنّ الذِّمّة على هذا عُقِدَت.

وإن كانوا أهل حرب، فإن أمكن الحُكْم بين المسلم وبينهم على حكم الإسلام نَفَذَ، وإن تَعَذَّرَ ذلك لم يخرج أمرُهم على وجه الحكم، وذهب به إلى الصُّلح.

المسألة الثالثة[2]:

وأمّا «أحكام أهل الكفر» فلا يخلو أن يكونوا على دِينٍ واحدٍ، أو دينَيْنِ، فإن كانوا على دِينٍ واحدٍ، لم نتعرّض[١] لهما[3]؛ لأنّ الذِّمّة انعقدت على ذلك[4]، على أن لا تجري في أحكامهم بينهم إلاّ باجتماع رضاهم ورِضَى الأساقفة، فإن رضيا دون الأساقفة، والأساقفة دونهما، لم يحكم بينهما[5]، وفي «كتاب ابن عبد الحكم»: إن رضيا حكمَ بينهما، وإن أبى أحدهما لم يعرض لهما، فإنِ اتّفقا، فالحاكمُ مُخَيَّرٌ بين الحُكْم وتركه.

والأصل في ذلك: قولُه تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ﴾ الآية[6].

المسألة الرّابعة[7]:

وأمّا «إن كانا على دِينَيْنِ» ففي «النّوادر»[8] قال يحيى بنُ عمر: يحكم بينهما وإن أبى[٢] أحدهما، لاختلاف مِلّتِهِما.

المسألة الخامسة[9]:

وهذا في طريق التّطالب في الحقوق، وأمّا التّظالم كالغَصْبِ والسَّرِقة؛ فإنّه يحكم

---

(١) م، ف، ج: «يعرض» والمثبت من المنتقى: 5/ 187.

(٢) في النوادر: «وإن كره ذلك» وكذلك في المنتقى.

....

(1) أي على أن تجري أحكامهم بينهم.

(2) عبارة المنتقى: «لا يحكم بينهم إلاّ برضى الخصمين ورضى أساقفتهم، فإن رضي الخصمان وأبى الأساقفة، أو رضي الأساقفة وأبى ذلك أحد الخصمين، لم يحكم بينهما».

(3) المائدة: 42.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 187. (5) 8/ 239.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 187.

(7) البقرة: 282.

(8) البقرة: 282.

في ذلك أهل الإسلام، سواء كانوا مسلمين أو كافرين، على ملَّةٍ واحدة أو ملّتين، وهذا كلّه قول مالك في «كتاب ابن عبد الحَكَم» وغيره.

باب
ما جاء في الشهادات وأحكامها وسننها

قال الإمام: الأصلُ في هذا الباب: الكتاب والسُنّة والأدلّة.

اعلموا أنّ الله سبحانه قد نَدَبَ الإشهادَ على الدُيون في كتابه، فقال: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ الآية(1)، وقال: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ الآية(2)، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الآية(3)، وقال: ﴿لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ الآية(4)، وقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ﴾ الآية(5)، وقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ الآية(6).

الأصول(7):

قال الإمام: اعلموا ـ وفّقكم اللهُ ـ أنّ الشّهادةَ ولايةٌ من وِلاياتِ الدِّين، وهي بمعنى التَعديل عندنا؛ لأنه تنفيذُ(١) قولِ الغَيْرِ على الغَيْرِ(٢)، والأصلُ الأ يَنْفُذَ قولُ أحدٍ على أحد، ولكن لمّا خلق الله الخَلْقَ للخُلطَةِ والمَعَاشِ والمُعاملة، وكتبَ عليهم ما عَلِمَتْهُ الملائكةُ فيهم من الفساد وسفكِ الدّماء، وجَحْدِ الحقوق والتوائِها(٣)، شَرَعَ اللهُ الشّهادةَ،

---

(١) م، جـ: «ينفذ».

(٢) في النسخ: «قول الغير» والمثبت من القبس: 3/ 383 (ط. الأزهري) 18/ 35 (ط. هجر).

(٣) في القبس (ط. الأزهري): «الحقوق والتزامها ذلك».

....

(1) الطلاق: 2.

(2) البقرة: 282.

(3) المائدة: 106.

(4) النور: 13.

(5) النور: 6.

(6) النور: 4.

(7) انظر كلامه في الأصول في القبس: 3/ 882 ـ 886.

(8) يقول المؤلِّف في العارضة: 11/ 198 «الأعمار وإن كانت مكتوبة كالأرزاق، ولكن قد تكتب مبرمة، وقد تكتب بشروط محكمة، فتترتّب على الشروط».

ونفذَ بها قولُ الغَيْرِ على الغيرِ على وجه المصلحة، للحاجة الدّاعية إلى ذلك، إحياءً للحقوق الدّارسة. وقد رَوَى جماعةٌ من العلماء عن النّبي عليه السّلام أنّه قال: «لَمَّا خَلَقَ اللهُ آدَمَ مَسَحَ ظَهْرَهُ بِيَمِينِهِ، فَاسْتَخْرَجَ مِنْهُ ذُرِّيَّتَهُ، فَعَرَضَهُمْ عَلَيْهِ، فَرَأى فِيهِمْ رَجُلاً حَسَنَ الْوَجْهِ، قَصِيرَ العُمرِ، فَقَالَ: مَنْ هَذَا يَا رَبِّ. قَالَ: هَذَا ابْنُكَ دَاوُدُ. قَالَ: مَا أَحْسَنَ وَجْهَهُ، وَأَكْثَرَ عِبَادَتَهُ، لَوْلاَ قِصَر عُمْرِهِ. قَالَ: يَارَبِّ كَمْ عُمْرَهُ؟ قَالَ: سِتُّونَ عَامًا. قَالَ لَهُ: يَا رَبِّ زِدْهُ[1]. قال: لا، زِدْهُ أَنْتَ مِنْ عُمْرِكَ. قَالَ: فَقَالَ لَهُ آدَم: يَا رَبِّ عُمْرِي أَلْف سَنَة، اعْطِهِ[(١)] مِنْهُ أَرْبَعِينَ سَنَة تكمل لَهُ بِهَا مِئَة سَنَة. قَالَ لَهُ: قَدْ فَعَلْتُ. قَالَ: فَلَمَّا كَمُلَتْ مُدَّة آدَم عَلَيْهِ السَّلاَم وَجَاءَهُ مَلَكُ الْمَوْتِ لِيَقْبِضَ رُوحَهُ، قَالَ لَهُ: فِيمَ جِئْتَ؟ قَالَ: جِئْتُ لِقَبْضِ رُوحِكَ. قَالَ: إِنَّهُ بَقِيَ لِي أَرْبَعُون عامًا. قَالَ لَهُ: أَلَمْ تَهبهَا لابْنِكَ دَاوُدَ[2]؟ قَالَ: لا[(٢)]. قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: فَجَحَدَ آدَمُ، فَجَحَدَتْ ذُرِّيَّتُهُ، وَنُسِّيَ آدَمُ فَنُسِّيَتْ ذُرِّيَّتُهُ[3]»[4].

ورُوي أنّه قال: «وَمِنْ ذَلِكَ الْيَوْم أُمِرَ بالكِتَابِ وَالشُّهُودِ[5]»[6].

وروَى جماعةٌ في الحديث: «فَأَكْمَلَ اللهُ لآدَمَ الأَلْف، وَلِدَاوُد الأَرْبَعِين»[7].

ولكونِها ولايةً من الوِلاَيَاتِ، وكثرةِ فسادِ النّاسِ فيها، وتتابُعِهِم بالمُسامَحَةِ[(٣)] بالزُّورِ

---

(١) ف، ج: «أعطيه».

(٢) «قال: لا» زيادة من القبس.

(٣) م، ف، ج: «وتابعتهم المسامحة» والمثبت من القبس.

....

(1) قال المؤلّف في العارضة: 11/ 199 «قيل: لو كان الرَّبُّ تعالى هو المخاطِبُ لآدم لما راجعه ولكن ملك الموت يمكن ذلك فيه. والذي عندي أنّ آدم جحد الهِبَة جحود ذاهل لا جحود مُتَعَسِّفٍ».

(2) يقول المؤلّف في العارضة: 11/ 199 «[في هذا] بيان أنّ الصِّفات موروثة، وأخلاق الآباء مكتسبة للأبناء».

(3) أخرجه من حديث أبي هريرة ـ مع اختلاف في الألفاظ ـ ابن سعد في الطبقات: 1/ 27، والترمذي (3076) وقال: «هذا حديث حسنٌ صحيحٌ»، وأبو يعلى (6654)، والحاكم: 2/ 325.

(4) علّق المؤلّف على هذا الحديث في العارضة: 11/ 199 «يعني: للتّوثُّق على الحقوق ومع البيِّنة عليها، ولم ينزل الإيجاب فيها».

(5) أخرجه من حديث أبي هريرة: الترمذي (3368) وقال: «هذا حديث حسنٌ غريبٌ»، وأبو يعلى (6580)، وابن حبّان (6167)، والحاكم: 1/ 64، 4/ 263.

(6) أخرج نحوه أحمد: 1/ 298 ـ 299 من حديث ابن عباس.

(7) القول (2127) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (287).

(8) انظر مختصر الطحاوي: 335، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 340.

في أدائها، حتّى صارت في بغداد والشّام ولايةً من قِبَل الإمام والقاضي، وصارت الفتوى مُرْسَلَةً، ولا يَشْهَدُ ببغدادَ والشّامِ إلاّ من ولاّه القاضي، ويُفْتِي كلُّ من عَلِمَ من غير إذنٍ، وهذه هي المصلحةُ؛ لأنّ المُفْتِيَ إذا(١) زاغَ فَضَحَهُ العِلْمُ، والشّاهدُ لا يَعْلَمُ زَيْغَهُ إلاّ اللهُ.

وقَلْبَ أهلُ بلادِنا في ذلك القَوْسَ رَكْوَةً، وسيرةُ بغدادَ أحسنُ وأصلحُ، ولأجل ذلك كان الشّاهدُ مَنْ جَمَعَ خِصالاً جَمَّةً، وهي خَمسٌ:

1 ـ البلوغُ.

2 ـ الذُّكوريّة.

3 ـ الإسلامُ.

4 ـ العدالةُ.

5 ـ المُرُوءَةُ.

أمّا «البلوغُ» فأجمعتِ الأُمَّةُ عليه؛ لأنّ الصّغيرَ قليلُ الضّبطِ ناقصُ العقلِ يَقْبَلُ الخَدِيعَةَ، فلذلك لم تَجُزْ شهادتُه، ولم يَقُلْ بجواز شهادتِه أحدٌ فيما علمتُه، إلاّ عبدُ الله بن الزُّبير فإنّه جوَّزَ شهادةَ الصِّبْيَانِ فيما بينهم من الجِرَاحِ، وتابَعَهُ علماؤنا.

واختَلَفَ قولُ مالكٍ في القتل، وذَكَر في «الموطّأ»(1) من شروط شهادتِهم واحدةً، وهو ألا يُخَبَّبُوا بعد تفرُّقهم أو يُعَلَّمُوا.

وذكر المتأخِّرون(٢) من علمائنا أنّ شروط قَبُول شهادة الصّبيان سبعةٌ:

1 ـ العقل.

2 ـ والإسلام.

3 ـ والذكوريّة.

4 ـ والحريّة.

5 ـ بينهم في الجراح.

6 ـ 7 ـ واختلف قولُ مالك في القتل قبل التّفرُّدِ(٣) اثنان فصاعدًا.

---

(١) م، ف: «إن».

(٢) في القبس: «المحرّرون».

(٣) ف: «قبل التّفر»، وفي القبس (ط. الأزهري): «قبل التّفرّق».

....

(1) انظر المغني لابن قدامة: 14/ 170.

فأمّا «اشتراطُ العقلِ» فلأنّه أصلُ التّحصيل.

وأمّا «اشتراطُ الإسلام» فلأنّ الكافرَ لا شَهَادةَ له؛ لأنّ الله وَصَفَهُ بالكَذِبِ، ولأنّه ولايةٌ شرطُها الكرامةُ، والكافر حقُّه الإهانةُ.

وقد قال أبو حنيفةَ[1]: تجوزُ شهادةُ الكفّارِ بعضِهِم على بعضٍ إذا كانوا عُدُولاً في دِينِهِم، وقد بيّنّا فسادَه فيما تقدّم في **«مسائل الخلاف»**.

وقال أحمدُ بنُ حنبلٍ[2]: تجوزُ شهادةُ الكفّارِ على المسلمين في الوصيّةِ في السَّفَر، لقوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ الآية[3]، يريدُ: من غيرَ أهلِ مِلّتِكم.

قلنا: إنّما أراد من غير قبيلتكم.

فإن قيل: هذا لا يَصِحُّ؛ لأنّ الآيَة إنّما نزلت في شأن تَمِيمِ الدّارِيّ، وعَدِيّ بن بَدّاءٍ حِينَ أخذا جَامَ فِضّةٍ[4] ورَوَى التّرمذيُّ[5] وغيرُه[6]، عن تَمِيمٍ في تفسير قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ﴾ الآية[7]، وذكر الحديث.

قلنا: هذا حديثٌ ضعيفٌ، فلا يُلْتَفَتُ إليه، وقد بيّنّا لكم أنّ أضرَّ شيءٍ بالمُتعلّم أو العالِمِ الاشتغال بالحديث الضّعيف، وهذا حديثٌ ليس له أصلٌ في الصِّحّةِ، فلا يجوزُ أن يضافَ إلى القرآن الّذي هو الصّحيحُ، وأصحُّ كلِّ صحيحٍ، وإنّما يُبيِّنُ[(١)] القرآن، ويضافُ إليه الحديثُ الصّحيحُ، وفيه وقَعَ الوَعْدُ الكريمُ في قوله: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ الآية[8].

وأمّا «الذّكوريّة» فلأنّ شهادةَ الأُنثى ليست بأصلٍ في الشّهادة، وإنّما هي بَدَلٌ، أو

---

(١) ف: «يتبين».

....

(1) المائدة: 106، وانظر أحكام القرآن: 2/ 713.

(2) أخرجه الطبري في تفسيره: 7/ 115.

(3) في جامعه الكبير (3059).

(4) منهم الطبري في تفسيره: 7/ 115، وابن الأثير في أُسد الغابة: 4/ 5.

(5) المائدة: 106، وانظر أحكام القرآن: 2/ 722.

(6) النحل: 44.

(7) البقرة: 182.

(8) النساء: 43.

كما قال أهل خُراسانَ: شهادةُ ضرورةٍ، ولأجل ذلك جاءت في القرآن بصفة الضّرورة، وعلى نَعْتِ البَدلِيَّةِ، قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[1]، كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً﴾الآية[2]، وقال: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾[3] وإنّما جازَتْ في الأموالِ رِفْقًا من الله تعالى[4]، فلو وقَفَ رَبْطُ الشّهادةِ على الذُّكور في ذلك، لَضاعتِ الحقوقُ، فَرُخِّصَ في شهادةِ النِّساء في ذلك، وبَقِيَت في أصلِ الرَّدِّ في غيرِها من الحقوق، وقد حصلَ الإجماعُ على[١] أنّها لا تجوزُ في الدِّماء.

وأمّا «الحريّةُ» فإنّها شرطٌ عند عامّة العلماء.

وقال أحمد[5]: تجوزُ شهادةُ العبدِ؛ لأنّه عَدْلٌ، والدّليلُ على ثبوت عَدَالَتِه قَبُولُ روايته.

وعَسُرَ الانفصالُ على سائر العلماء عن دليل أحمدَ هذا، وسَلَكُوا فيه طُرُقًا بيّنّاها في «**مسائل الخلاف**» يغنيكُم الآن عنها انفصَالان:

الأوّلُ: أنّ العبدَ مُسْتَغرِقٌ الأوقاتِ في حقِّ السَّيِّد، فلا يجدُ سبيلاً إلى الشّهادة.

والثّاني: أنّ اعتبارَ الشّهادةِ بالخَبَرِ فاسدٌ؛ لأنّ وَضْعَها في الشّريعة مختلِفٌ، أَلاَ ترى أنّ شهادةَ المرأةِ لا تجوزُ في القِصَاصِ، ويجوزُ قَبُولُ روايتها، ويجوزُ قَبُولُ روايةِ الفَرْعِ، ولا يجوزُ قَبُولُ شهادةِ الفرعِ مع وُجُودِ الأصلِ، وهذا بَيِّنٌ عند التّأمُّل، وفيه إنصافٌ بينَنَا وبَيْنَه.

أمّا قَبُولها في الجراح خاصّة؛ فلأنّه الّذي يقع بينهم في الغَالِب، ولا يحضُرُهُ غيرُهم، فَدَارَتِ الحالُ بين أحد أمرين؛ إمّا أن يَضِيعَ هذا الحقُّ، وذلك لا يجوزُ. أو تُقْبَلَ فيه شهادةُ الصِّبيانِ، وذلك أحسنُ، ولقوله مع صِغَرِه موضعٌ عظيمٌ في التّحليلِ

---

(١) «على» زيادة من القبس.

....

(1) البقرة: 196.

(2) تتمّة الكلام كما في القبس: «لكثرة التّرداد فيها، فقد يحضرها الرِّجال وقد يغيبون عنها».

(3) انظر المغني لابن قدامة: 14/ 185.

(4) حكى هذا الاجماع ابن القطّان في الإقناع: 3/ 1518.

(5) أخرجه من حديث زيد بن خالد الجهنيّ مالك في الموطأ (2105) رواية يحيى، ورواه عن مالك أبو

والتّحريم، وهو في إباحة الدُّخولِ إلى المنزلِ وهَتْكِ السِّتْرِ الّذي كان محرّمًا[١] قَبْلَ قَوْلِهِ، ولكنّه جاز ذلك للحاجة إليه، ولأنّه لا غَنَاءَ فيه، فكذلك في مسألتنا.

وركّب عليه علماؤنا شهادةَ النّساءِ في المواضع الّتي لا يكونُ فيها غيرُهُنَّ، كالأعراسِ والمآتمِ والحمّاماتِ.

وأمّا قولُنا: «بينَهم» فلأنّها شهادةُ ضرورةٍ[٢]: فَتُقَدَّرُ بِقَدْرِ الضّرورةِ.

وأمّا شرطُ «الإثْنَيْنِيَّةِ[٣]» فلأنّها أصلُ الشّهادات حيثُ وُضِعَتْ، ولا تجوزُ شهادةُ وَاحِدٍ عند جميعِ[٤] العلماء(1)، ولا يَثْبُتُ بها حقٌّ من الحقوق إجماعًا، إلاّ في مسألةٍ واحدةٍ اختلف فيها علماء الإسلام، وهي شهادةُ القابِلَةِ وحدَها على الوِلادة، ومن روايات مالكٍ أنّها تجوزُ، والأصلُ في ذلك: الضّرورةُ الدّاعِيَةُ إلى ذلك؛ لأنّه لا تحضُرُ المرأةَ غيرُها، فلو لم تَقْبَلْ شهادتُها لضاعَتِ الولادةُ، ولبَطَلَ ما يتركّبُ عليها من نَسَبٍ وحُرْمَةٍ وميراثٍ وسائر الحقوقِ.

حديثٌ: ثبتَ عن النّبي ﷺ أنّه قال: «أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ؟ الّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا»(2). وثبت أن رسول الله ﷺ قال: «أَكْرِمُوا أَصْحَابِي فإنّهم خِيَارُكُمْ، ثُمَّ الّذينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَظْهَرُ الكَذِبُ حَتَّى يَحْلِفَ الإِنْسَانُ عَلَى الْيَمِينِ لا يسألها، وَيَشْهَدُ عَلَى الشَّهَادَةِ لا يسألها، فَمَنْ سَرَّه بَحْبُوحَة الْجَنَّةِ فَعَلَيْهِ بِالْجَمَاعَةِ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الْوَاحِدِ، وَهُوَ مِنَ الاثْنَيْنِ أَبْعَدُ»(3).

---

(١) في القبس: «محترمًا».
(٢) م، ف، ج: «ضرورية» والمثبت من القبس.
(٣) م: «الأنوثة»، ف: «الأنوثية»، ج: «الذكورة» والمثبت من القبس.
(٤) ف، ج: «عند أحد من».

....

مصعب (2931)، وسويد (290)، وابن القاسم (317)، ومحمد بن الحسن (849)، والقعنبي عند الجوهري (507)، وعبد الرحمن بن غزوان عند عبد الرزّاق (15557)، والطباع عند أحمد: 4/ 115، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1719)، وابن وهب عند أبي داود (3596 م)، والقزاز عند الترمذي (2295)، وعبد الله بن عبد الحكم والتنيسي عند الطبراني في الكبير (5182).

(1) أخرجه معمر بن راشد في الجامع (20710)، ومن طريقه عبد بن حميد (23)، والقضاعي في مسند الشهاب (404) من حديث عمر بن الخطاب.
كما أخرجه بنحوه الطبراني في الأوسط (7249) من حديث ابن عمر. قال الهيثمي في مجمع الزوائد: 5/ 225 «وفيه عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله بن خالد المصيصي، وهو متروك».

الأصول:

فإن قيل: ما الفرقُ بين الحديثين؟

قيل له: الفرق بين الحديثين أنّه فرقٌ بين المذمُومِ من الشّهادات، وهو شهادة الكذب، وبين الشّهادةِ الّتي المرءُ فيها صادقٌ.

ما جاء من الفرق بين الشهادتين[1]:

ألا تراهُ قال في الخبر الأول: «أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ»، وقال في الخبر الثّاني: «ثُمَّ يَظْهَرُ الْكَذِبُ» فدلَّ ذلك على أنّ الشُّهادةَ المذمومة شهادة الكذب، خلافًا للشّهادة الّتي يكون فيها الشّاهد صادقًا فيها. ورُوِيَ عنه عليه السّلام أنّه قال: «خَيْرُكُمْ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَأْتِي قَوْمٌ يَشْهَدُونَ ولا يُسْتَشْهَدُون»[2].

قال النّخعيُّ: معنى الشّهادة هاهنا اليمين، وقد سمّي اليمين شهادة، يريد أن يحلف قبل أن يستحلف.

المسألة الثّانية:

وقوله[3]: «شَهَادَاتُ[١] الزُّورِ». وهي من الكبائر، وقد قرنت بالشّرك بالله تعالى وعقوق الوالدين، وكان عبد الله بن مسعود يقول[4]: عدلت شهادة الزّور بالشّرك بالله، ثمّ قال: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ﴾ الآية[5].

---

(١) في النسخ: «وشهادة» والمثبت من الموطأ.

....

(1) وهو المسألة الأولى.

(2) أخرجه البخاري (2651)، ومسلم (2535) من حديث عمران بن حصين.

(3) في حديث الموطأ (2106) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2932)، وسويد (290)، ويحيى بن بكير عند البيهقي: 10/ 166.

(4) أخرجه عبد الرزاق (15395)، وابن أبي شيبة (23038)، والطبراني في الكبير (8569)، وقال الهيثمي في المجمع: 4/ 200 ـ 201 «رواه الطبراني في الكبير وإسناده حسن».

(5) الحجّ: 30.

(6) الحجّ: 30.

(7) أخرجه الطبري في تفسيره: 17/ 154.

وقال مجاهد: ﴿وَٱجۡتَنِبُواْ قَوۡلَ ٱلزُّورِ﴾[1] قال: هو الكذب[2]، وكذلك قال أبو عُبَيْدَة[3].

واختلف العلماءُ فيما يُفْعَلُ بشَاهِدِ الزُّور:

فقال علماؤنا: يؤدَّبُ الأدب الوَجِيع، ويُشهر حتّى يكون ذلك رَدْعًا لغيره، ولا تحلق له لحيته، فإنّ الله تعالى لم يشرع في الحدود تغيير الهيئة والخِلْقَة.

وقال أبو حنيفة[4]: لا أدب عليه، وإنّما عقوبته ردّ شهادته؛ لأنّه قائل[١] كذب وزور، فلم يجب عليه أَدَبٌ ولا تعزيرٌ، أصله: المظاهرة[٢]، وعلى هذه النُّكتة عَوَّلَ علماؤنا من أهل العراق وخراسان، وقد بينّا في «**مسائل الخلاف**» أنّ الله جعل جزاءَ الظِّهَارِ الكفّارة؛ لأنّه لم يضرّ بذلك إلاّ نفسه، وهو ذَنْبٌ لا يتعدّى لغيره، وكان في الأصل طلاقًا، فأرخص اللهُ فيه فصار ظِهَارًا فافترقا. وقد رُوِيَ عن عمر بن الخطّاب أنّه قال: يُخَلّى سبيله. وكان شُرَيْح القاضي إذا أخذ شاهدَ الزُّورِ إن كان سُوقِيًا بعث به إلى السُّوق، فقيل: إنّ هذا شاهد زُور[٣]، وإن لم يكن سُوقيًا بعث به إلى قومه، وقيل: إنّ هذا شاهد زُورٍ، وكان بعضُهم يذهب به إلى الجامع، وإلى حِلَق الذِّكر، يقول: هذا شاهد زورٍ فلا تستشهدوه واحْذروه.

وقال مالك: أرى أن يُفْضَحَ ويشَهَّر ويُلْعَن[5].

وقال الشّافعي[6]: يُعَزَّر ولا يبلغ بالتّعزير أربعون ويُشَهَّر بأمره.

ورُوِيَ عن عمر أنّه حبسه يومًا وخَلّى سبيلَهُ[7].

---

(١) ف: «قال».

(٢) ف: «التّظاهر»، جـ: «المظاهر».

(٣) ف: «الزور».

....

(1) في مجاز القرآن: 2/ 50.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 360، والمبسوط: 16/ 145.

(3) وفي المدونة: 4/ 105 في شهادة الزور «قال مالك: يضرب ويطاف به في المجالس».

(4) انظر الحاوي الكبير: 16/ 319 ـ 320.

(5) روى هذه الحكاية وكيع في أخبار القضاة: 2/ 19.

(6) انظر الحاوي الكبير: 16/ 321.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 188.

وقال قوم: تُسَوَّدُ وجوههم، ويُطَافُ بهم في الأسواق، وهو مذهب عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة، فإنه[١] أمر بحَلْقِ أنصافِ رؤوسِهِم وتسويدِ وجوههم ويطاف بهم على الأسواق.

فرع غريب:

واختلفوا فيمن يشهد بِزُورٍ ثمّ يتوبُ وتظهر توبته:

فعلى مذهب الشّافعيّ[1] والكوفيّ أنّه يجب قَبُول شهادته إذا أتت على ذلك مدّة تظهر في مثلها توبتُهُ، وبه قال أبو ثور.

وقال مالك: أرى أن تبطل شهادته.

والقولُ الأوّلُ أصحّ إن شاء الله.

الفقه في مسائل:

المسألة الأُولى[2]:

قولُه: «أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ»؟ قال مالك[3] وغيره معناه: أن يكون عنده شهادة لا يعلم بها فيؤدِّيها له عند الحاكم، وذلك أنّ المشهود به على ضربين:

حقّ الله، وحقّ الآدميّ.

فأمّا ما كان حقًّا لله، فعلى قسمين:

1 ـ قسمٌ لا يُستدامُ فيه التّحريم كالزّنا وشرب الخمر، زاد أَصْبَغُ: والسّرقةُ، فهذا تركُ الشّهادة به[٢] جائزة.

والأصلُ في ذلك: قولُه ﷺ لهَزَّالٍ: «هَلاَّ سَتَرْتَ عَلَيْهِ بِرِدَائِكَ» ولو علم الإمامُ بذلك، فقد قال ابنُ القاسم في «**المجموعة**»: يكتُمُها ولا يشهد[٣]، إلاّ في تجريحه إن

(١) في النسخ: «وإنّه» ولعلّ المناسب ما أثبتناه.
(٢) م، ف، جـ: «له» والمثبت من المنتقى.
(٣) في المنتقى: «يكتموه الشّهادة ولا يشهدوا بها».

....

(1) في «المجموعة» كما نصّ على ذلك الباجي.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 188 ـ 189.
(3) الطلاق: 2.

شهد على[١] آخر.

2 ـ والقسم الثّاني: ما يُسْتَدَامُ فيه التّحريم، وهو كالطّلاق والعِتْقِ والأَحْبَاس، والهِبَاتِ لمن ليس له إسقاط حقّه، والمساجد والقناطير والطّرق، فهذا على الشّاهد أن يؤدّي شهادته متى رأى ارتكاب المحظور بها، وله في ذلك حالان:

1 ـ حالٌ يعلم أنّ غيره يشاركُهُ فيها ويقوم بها.

2 ـ وحالٌ لا يعلم ذلك فيها.

فإن علِمَ أنّ غيره يقوم بها فإنّه يستحبّ له أن يُبَادِرَ بها ليحصل له أجر القيام بها، ولأنّ[٢] في قيام العدد الكثير بها رَدْعًا[٣] لأهل الباطل. ويصحّ أن يتناول هذا عموم قول النّبيّ: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ. . .» الحديث.

المسألة الثّانية[1]:

فإذا تبيّن له أنّ غيره قد ترك القيام، ولم[٤] يكن ممّن يقوم بها غيره، تعيَّنَ عليه القيام بها، لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[2] ولقوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾[3] ولأنّ القيام بها من فروض الكفاية، كالجهاد وصلاة الجنائز، فإذا قام به البعض سقط عن سائر النّاس، وإذا تركه جميعهم أَثِمُوا إذا كان الحقّ مجتمعًا[٥] عليه.

المسألة الثّالثة[4]:

وأمّا الضّرب الثّاني، وهو حقّ الآدميّينَ، فإن كان لمن يجوز إسقاطه، مثل أن يرى ملك الرّجل يُبَاعُ أو يُوهَبُ، فَرُوِيَ عن ابن القاسم[5] في «العُتْبِيَّة»[6] أنّ ذلك جُرْحَةٌ في

---

(١) م، ف، ج: «ان يشهد عليه» والمثبت من المنتقى.
(٢) م، ف، ج: «والا» والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف، ج: «الكثير لها ردها» والمثبت من المنتقى.
(٤) في المنتقى: «أو لم».
(٥) في المنتقى: «مجمعًا».

....

(1) البقرة: 283.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 189.
(3) في المنتقى: «فروى ابن القاسم».
(4) لم نجده في المطبوع من العتبية.
(5) في المنتقى: «إنّما ذلك فيما كان من حقّ الله تعالى».
(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 192 ـ 194.

الشّاهد حين رأى ذلك ولم يعلم بعلمه فيه.

وقال غيره في «المجموعة»: هذا إذا كان المشهود له حاضرًا لا يعلم أو غائبًا، وأمّا إن كان يعلم(١) فهو كالإقرار.

وقال ابنُ سحنون عن أبيه: إنّما ذلك فيما كان في كفالته[1]. أو كان له القيامُ به كالحوالة(٢) والطلاق. وأمّا العُروض والحيوان فلا يبطل ذلك شهادته؛ لأنّ صاحب الحقّ إن كان(٣) حاضرًا فهو(٤) أضاع حقّه، وإن كان غائبًا فليس للشّاهِد شهادة.

المسألة الرّابعة[2]:

فإذا ثبت هذا، فالشّهود(٥) على ثلاثة أَضْرُبٍ:

1 ـ ضربٌ يعرفُ الحاكم عدالته.

2 ـ وضربٌ يَعْرِف فسقَه.

3 ـ وضربٌ يجهلُه.

فأمّا الأوّل: فيجب عليه الحُكْم بشهادته، إن لم يكن للمحكوم عليه مَدْفَعٌ فيها.
وقال سحنون في «العتبية»[3]: وذلك أن يكون مشهورًا عند الحاكم من معرفته مثل ما عند مَنْ يُعدِّلُه، فهذا عليه أن يقبلَهُ. ورَوَى يحيى عنِ ابنِ القاسم: أنّه إذا كان القاضي يعرفه وكان يُزَكّيه عند غيره، فهذا الّذي يَسَعُه قَبُول شهادته.

وأما الضّرب الثّاني: فلا يجوز له أن يحكُمَ بشهادته، وذلك على ضربين:

أحدهما: أن يعرف فسقه.

والثّاني: أن يجرح عنده بأنّه يرتكب محظورًا، كالزّنا، والسّرقة، وشرب الخمر، والعمل بالرّبا أو ترك واجب كالصّيام والصّلاة حتّى يخرج وقتها. وأمّا ترك الجمعة

---

(١) في المنتقى: «كان حاضرًا».
(٢) م، ف، جـ: «كالحرية» والمثبت من المنتقى.
(٣) «إن كان» زيادة من المنتقى يقتضيها السّياق.
(٤) م، ف، جـ: «هو» والمثبت من المنتقى.
(٥) م، ف، جـ: «فالمشهودون» والمثبت من المنتقى.

....

(1) 10/ 117 في سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.
(2) 10/ 142 ـ 144 في نوازل سئل عنها سحنون من كتاب الشهادات.
(3) هذا الفصل مقتبسٌ من المنتقى: 5/ 194 ـ 195.

فَجُرْحَةٌ في الجملة، واخْتُلِفَ في تركها مرّة، فقال أَصْبَغُ: هي جُرْحَةٌ كالصّلاة من الفريضة يتركها مرّة واحدة فيُؤَخِّرها عن وقتها، وهو ظاهر ما رُوِيَ عن ابنِ القاسم في «العتبية»[1]. وقال سحنون: لا تكون جُرْحَة حتّى يتركها ثلاثًا متوالياتٍ.

وأمّا من جهِلَ الحاكمُ أمره، فلا يخلو أن يتناول شهادته[١] ما يعدم[٢] شهادة العدول فيه في الأغلب، أو مالا يعدم ذلك منه[٣]، وأمّا مالا يعدم ذلك فيه[٤]، مثل شهادة الرُفْقَة بعضهم على بعضٍ فيما يختصُّ بمعاملات[٥] السَّفَر، من بيعٍ أو شراءٍ أو مرضٍ أو شبهه. فأمّا بيع العَقَارِ والأموال الّتي لم تَجْرِ العادةُ ببيعها في السَّفَر، فلا يُقْبَلُ فيها إلاّ العُدُول، وكذلك ما شَهِدَ بِهِ بعضهم على بعضٍ فيما يُوجِبُ[٦] الحدّ أو الضّرب كالغَضْب[٧]، فلا يُقْبَل في ذلك إلاّ العدول.

فإذا انتهى الكلام إلى هذا المقام؛ فإنّ في ذلك خمسة فصول: الأوّل: في عدد المُزَكِّين. والثّاني: في المزكيّ. والثّالث: في معرفة العدالة. والرّابع في لفظ التّزكية. والخامس: في تَكْرِيرِ التّعديل وما يلزم منه.

فصل الأول[2]
في عدد المُزَكِّين

فإنّ ذلك على وجهين:

تَزْكِيَةُ علانِيَّةٍ. وتَزْكِيَةُ سِرٍّ.

فأمّا «تزكيةُ العلانية» ففي «المجموعة» و «العُتبيَة»[٨] عن ابنِ القاسِمِ عن مالك أنّه لا

---

(١) في المنتقى: «شهادة».
(٢) م، ف، ج: «ما تقدم من» والمثبت من المنتقى.
(٣) «أو مالا يعدم ذلك منه» زيادة من المنتقى يلتئم بها الكلام.
(٤) في المنتقى: «منه».
(٥) م، ف، ج: «من معاملات» والمثبت من المنتقى.
(٦) ف، ج: «مما يجب» وهي ساقطة من: م، والمثبت من المنتقى.
(٧) ف، ج: «والضرب والغصب» وهي ساقطة من: م، والمثبت من المنتقى.
(٨) «والعتبية» ساقطة من المنتقى.

....

(1) الطلاق: 2.
(2) 10/ 112 في سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.

يُجْزِيء فيها أقلّ من اثنين.

ووجه ذلك: قولُه تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الآية[1]. وهذا عامٌّ في كلّ شيءٍ، إلاّ في تزكية شهود الزّنا، فَرَوَى ابنُ حبيب عن مُطَرِّف عن مالك[١]: لا يعدّل كلّ واحدٍ إلاّ أربعة.

وقال ابنُ المَاجِشُون: يجوز في تعديلهم ما[٢] يجوز في تعديل غيرهم، اثنان لكلّ واحدٍ، أو أربعة[٣] لجميعهم.

وأمّا «تزكية السِّرّ» فَرَوَى ابنُ حبيب عن مُطَرِّف وابنِ المَاجِشُون وأَصْبَغ أنّه ينبغي أن يكون للحاكم رجل عرف دِينه ومَيْزَه[٤]، لا يعرفه سِوَى الحاكم، ليبحث عن أحوال النّاس، فإذا كلّفه ذلك، تَسَبَّبَ إلى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يَعْلَم به أحدٌ، ثُمَّ يُعْلِمُ الحَاكِمَ بما عنده من ذلك، فهذه تزكية السِّرّ.

فإذا كانت على هذا، فكم عددهم؟

ففي «**المجموعة**»من رواية ابن القاسم عن مالك؛ أنّه قال: *يكفي في ذلك الرّجل الواحد العَدْل، وفي «**العتبية**»[2]من رواية ابن القاسم عن مالك*[٥] قال: لا يجب[٦] أن يسأل في السِّرّ إلاّ[٧] اثنان.

قال الإمام: والأفضل في التّعديل أن يجمعَ بين السرّ والعلانيّة. وقال ابن حبيب[3]: لا ينبغي أن يكتفي بتعديل العلانية، وقد يجزىء تعديل السِّرّ.

---

(١) «عن مالك» زيادة من المنتقى.

(٢) «يجوز في تعديلهم ما» ساقطة من الأصول، واستدركناها من المنتقى.

(٣) م، ف، ج «وأربعة» والمثبت من المنتقى.

(٤) م، ف، ج: «وسره» والمثبت من المنتقى.

(٥) ما بين النجمتين سقط من النسخ المعتمدة، واستدركناه من المنتقى.

(٦) في المنتقى: «لا أحب».

(٧) في المنتقى: «أقلّ».

....

(1) تتمة العبارة كما في المنتقى: «عن مُطَرِّف وابنِ الماجِشُون وأَصْبَغ» وأورد ابن أبي زمنين في كتابه منتخب الأحكام: 1/110 قول ابن حبيب نقلا من كتابه الواضحة.

(2) إلى المشهود عليه.

(3) أي لما عليه من الغضاضة بمكالبته بالتزكية.

ووجه ذلك: أنّ تعديلَ السِّرّ لا يجزىء فيه إلاّ بالخبر الفاشي الّذي يقع به العلم، ولذلك لا يُعْذَرُ فيه لأحد(١)، وأمّا تعديل العلانيّة فيفعله شاهِدَان، فلا يقوى قوّة ما يقع به العلم، ولذلك يُعْذَر فيه[1]، فإذا أمكن الأمران فهو أَوْلَى، ليستوي تعديله في السِّرّ والعلانية، وإنِ اقتصرَ في المشهورِ العَقْلِ(٢) بتزكية السِّرّ، فلا بأس بذلك، لما عليه[2] في التَّوَقُّف في قَبُولِ شهادته. وفي «المدوّنة»[3] أنّه يكفي في ذلك أن يُزَكَّى في السرّ أو العلانية(٣).

الفصل الثّاني[4]
في صفة المزكّي

فقد رَوَى ابنُ حبيب عن مُطَرِّف وابن المَاجِشُون وابن عبد الحَكَم وأَصْبَغ أنّه لا يجوز تعديل الرّجل وإن كان عدلاً حتّى يعرف وجه التّعديل.

فرع غريب:

رُوِيَ عن سحنون[5] أنّه قال: لا تُقْبَلُ تزكية الأَبْلَهِ، وليس كلّ(٤) من تجوز شهادته يجوزُ تعديلُه، ولا يجوز فيه[6] إلاّ المبرّز الفَطِن.

ولا يجوز أن يكونا[7] غير معروفين عند الحاكم، فيزكّيان عنده(٥) إذا كان(٦) شاهد

---

(١) في المنتقى: «إلى أحد» وهي أسدّ.

(٢) في المنتقى: «الفضل».

(٣) م، ف، جـ: «... السر والعلانية رجلان» والمثبت من المنتقى.

(٤) «كل» زيادة من المنتقى يقتضيها السّياق.

(٥) «عنده» زيادة من المنتقى.

(٦) «كان» زيادة من المنتقى.

....

(1) 4/ 104 في تعديل الشهود عليه، وانظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين 1/ 109.

(2) هذا الباب مقتبس من المنتقى: 5/ 195.

(3) وهي رواية ابنه عنه، كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.

(4) أي في التّعديل.

(5) الكلام عن المعدِّلين.

(6) انظر نحوه في المدونة: 4/ 371 في شهادة الغرباء وتعديلهم.

(7) القسم الأوّل من هذا الباب إلى مبحث «اطلاع في النظر» مقتبس من المنتقى: 5/ 195.

الأصل من البلد، وإن كان غريبًا[١] جاز، قاله مالك: في «المدوّنة»[1] وغيرها.

ووجه ذلك[٢]: أنّ الغريبَ قد يكونَ مجهولَ الحالِ في البلد فلا يعرف عدالَتَهُ إلاّ من يعرف[٣] الحاكِم، فيحتاج أن يعرف به. وأمّا البَلَدِيّ فحاله معلومةٌ في الأغلب، فلا يقبل في تزكيته إلاّ أهل العدل على ما وصفنا.

الفصل الثّالث[2]
في معنى العدالة

ومن لا يعرفه الحاكم[3]؟ فقال سحنون: يُزَكِّيه من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره ممّن صَحِبَهُ الصُّحبة الطّويلة، وعامَلَهُ بالأخذ والإعطاء.

وقال ابن سحنون[4]: يزكّيه من يعرف باطنه وصَحِبَهُ في السَّفَر والحَضَر، كما يقال[٤] لمن مدَحَ رجلاً: أصحبته في السَّفَر؟ أخالَطْتَهُ في مالٍ؟ وقد قيل[5] في الرّجل يصحب الرجل شهرًا فلا يعلم منه إلاّ خيرًا: لا يزكّيه بهذا[6]، وليس هذا[٥] باختبار.

وقال يحيى عن ابن القاسم[7] في الشّاهد لا يعرِفُه القاضي بعدالةٍ ولا فسادٍ، إلاّ أنّه يحضُرُ الصّلاةَ في المساجدِ، قال سحنون: يعرف[٦] بظاهر جميل من أهل المساجد

---

(١) م، ف، ج: «كانا غريبين» والمثبت من المنتقى.
(٢) م، ف، ج: «ومنه» والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف، ج: «من لا يعرفه» والمثبت من المنتقى.
(٤) في المنتقى: «. . . في الحضر والسفر. قال مالك كان يقال».
(٥) «هذا» زيادة من المنتقى.
(٦) في المنتقى: «يعرفه».

....

(1) تتمّة الكلام كما في المنتقى: «بهذه الصّفة يطلب فيه التّزكية».
(2) قاله عن أبيه كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.
(3) القائل هو الإمام مالك كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.
(4) تتمّة الكلام كما في المنتقى: «وهو كبعض من يجالسك». وانظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 1/114 ـ 115.
(5) انظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 1/114 ـ 115، والبيان والتحصيل: 10/79.
(6) وهو أنّ التّزكية تفتقر إلى أن يعرف المزكيّ حال الشّاهد.
(7) 10/119 في سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.

والجهاد[١].

وقال ابنُ القاسم: لا يقبل ويطلب تزكيته.

وقال سُحنون أيضًا: لا يزكّيه بذلك.

فإذا ثَبت هذا[1]، وما ذكرناهُ من معرفة المزكّي، ففي «العُتْبِيَّة»[2] عن سحنون ما معناه: أنّه لا يؤثّر في ذلك أن يقارف بعض[٢] الذَّنبِ كالخفيف من الزّلّة والفلتة، فمِثْلُه لا يمنع من عدالته.

وقال مالك: من النّاس من لا تُذْكر عيوبُهُم يكونُ عيبُه خفيفًا.

اطِّلاع في النّظر[3]:

فإذا انتهَى الحالُ إلى هذا المقام، فالعدالةُ والسَّلامةُ من العيوبِ، وكمالُ الشّهادة، إنَّما هي للأنبياءِ عليهم السّلام. والضّابطُ لهذا البابِ نُكتةٌ ينتفعُ بها من لا يَعِيها، وذلك أنّ الله نَوَّرَ العبدَ بالعقلِ، وهو نُور الطّاعة، وأَظْلَمَهُ بالشَّهْوَةِ وهي حَبَالَةُ المعصيةِ، فصار العبدُ متردِّدًا بينَهما، والمَلَكُ يعْضُد جانبَ العقلِ، والشيطانُ يُغْوِي في جانِبِ الشَّهوةِ، والتّوفيقُ والخِذْلانُ على[٣] قِمَّةِ الرّأسِ مُحَلِّقانِ، والقضاءُ والقَدَرُ فوق ذلك كلّه، فإن سبَقَ القضاءُ بالتّوفيقِ، انتصرَ حزبُ الله، وإن سبقَ القضاءُ بالخِذلانِ، نَفَذَ حُكْمُ اللّه؛ ولذلك قال النّبيُّ عليه السلام: «إِنَّ اللهَ كَتَبَ عَلَى ابْنِ آدَمَ حَظَّهُ مِنَ الزِّنَا، أَدْرَكَ ذَلِكَ لاَ مَحَالَةَ» الحديث إلى آخره[4]، فلم تَكُنِ العصمةُ إلاّ للأنبياءِ كما سَبَقَ، وسائرُ الخَلْقِ وإن آمنوا وطهَّر اللهُ قلوبَهم بالتّوحيد عَنْ وَضَرِ الشِّرْكِ، فلابدَّ أن تتدنَّسَ أبدانُهم بأرحاضِ المعاصي، فلو لم يُقْبَلْ إلاّ مطيعٌ، ما وُجِدَ أحدٌ يَسْلَم في حالٍ من الأحوالِ[٤]، ولكن بَنَتِ[٥] الشريعةُ الأمرَ على

(١) م، ف، ج: «الجهات» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «. . . أن ينافي فيه بعض» والمثبت من المنتقى.

(٣) «على» زيادة من القبس.

(٤) في القبس: 18/ 41 (ط. هجر): «ما وجدتَ أحدًا تَسْلَم عليه».

(٥) م، ف، ج: «بينت» والمثبت من القبس.

....

(1) انظره في القبس: 3/ 886.

(2) أخرجه البخاري (6243)، ومسلم (2657) من حديث ابن عبّاس.

(3) انظرها في القبس: 3/ 887.

(4) البقرة: 143.

المُمْكِنِ في الوجودِ، الغالبِ في الأحوالِ، وهو التَّنَزُّهُ[١] عن الكبائرِ، فإذا صانَ العبدُ - بفضل الله - نفسَهُ عن الكبائر وأكثرِ الصَّغائِرِ كانَ عَدْلاً.

نكتة[٢] بديعة[1]:

وهي أنّ العِيَارَ[٣] في الدّنيا يُخْرِجُ الخالِصَ في الآخِرَةِ، وهو اعتدالُ الميزانِ، بألا[٤] تكون في الكفّة كبيرةٌ، فإنّ كِفّةَ السَّيِّئاتِ إن تفرّغَتْ عنِ الكَبائر، عُلِمَ قطعًا أنّ الميزانَ لا يميلُ إليها. فإمّا أن يعْتَدِلَ، وإمّا أن يَخِفَّ بها، ويكونَ الرُّجْحان للكِفَّةِ الأُخرى، وإلى هذا وقعَتِ الإشارةُ بقولِهِ: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾ الآية[2]. ولذلك شرطَ العلماءُ اجتنابَ الدَّنَاءَاتِ لحفظِ المُرُوءَة، وهو الشّرطُ الخامسُ؛ لأنّ المُرُوءَةَ سِتْرُ الدِّين والحجابُ بينَهُ وبين المَعَاصِي، كالثّوب يسترُ البَدَنَ عن الحَرُورِ والزَّمْهَرِيرِ. وضبطُ المُرُوءَة ممّا عَسُرَ على العُلَماء، ولم يَنْطِقْ به فقيهٌ، وقد بيّنّاه في «**مسائل الخلاف**» على الإيضَاح، والضّابطُ لكم الآن فيه: ألاّ يأتيَ أحدٌ منكم ما يُعْتَذَرُ مِنْهُ، مِمّا يَبْخَسُه[٥] عن مرتَبَتِهِ عندَ أهل الفضلِ[3]، وحينئذ يكون من أهل العدالة.

الفصل الرّابع[4]
في لفظها وحكمها

رَوَى ابنُ وَهْبٍ عن مالك في المُزَكِّي يقول: «لا أعلمُ إلاّ خيرًا» وهو يلقاهُ في الطّريق ولا يَعلَم منه إلاّ خيرًا، قال: لا يجوز هذا.

وقال سُحنون: ولا يُجزِىءُ أن يقولَ: صَالِحٌ.

---

(١) م، ف، ج: «... على التّمكن في الوجود الغالب وهي العزة» والمثبت من القبس.
(٢) م، ف، ج: «ومعناه نكتة» والمثبت من القبس.
(٣) في النسخ: «العبادة» والمثبت من القبس: 18/ 42 (ط. هجر).
(٤) في القبس: 18/ 42 (ط. هجر): «في الأ».
(٥) م، ف، ج: «يحبسه» والمثبت من القبس.

....

(1) نقل ابن شاش في عقد الجواهر الثمينة: 3/ 140 هذا التعريف منسوبًا لابن العربي.
(2) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 5/ 196.
(3) انظر منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 1/ 111.
(4) أي اختير لفظ «العدل» و «الرّضى».

ورَوَى ابنُ حبيبٍ عن مُطَرِّف وابنِ المَاجِشُون وأَصْبَغ: يُجزِىء في ذلك لفظ العدل والرِّضَى[1].

وقال القاضي أبو بكر بن الطيب البَاقِلاّنيّ: كلُّ لفظٍ يعبَّرُ به عن العدلِ والرِّضَا أجْزَأ، وإنّما اختير[2] لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[3] وقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[4][5].

وقال ابنُ الجلاّب[6]: «ولا يقتصر على أحدهما حتّى يجتمعا».

فإذا ثبت الاعتبار بهذين اللفظين؛ فإنّه يجزىء أن يقول: أراهُ عَدْلاً رِضًا عندي، وهو عندي عدلٌ رَضِيٌّ، وليس عليه أن يقول: هو عدلٌ رَضِيٌّ عند الله، ولا أن يقول: أَرْضَاهُ ولِيًّا[7]. ولا يُقْبَلُ منه حتّى يقول: إنّه عدل رَضِيٌّ.

الفصل الخامس
في تكرير التّزكية

رَوَى[8] أشهب عن مالك في «المجموعة»: أنّه يقبل بالتّزكية الأُولى، وليس النّاس سواءً، فمنهم المشهورُ بالعدالة، ومنهم من يَغْمِصُ منه النّاس.

وقال ابن كنانة: أمّا غير المعروف فَيُؤْتَنَف فيه تعديلٌ ثانٍ[١]، وأمّا المشهورُ بالعدالةِ

---

(١) م، ف، جـ: «فيؤتنف تعديله» والمثبت من المنتقى.

....

(1) الطّلاق: 2.

(2) البقرة: 282.

(3) انظر كتاب التّلخيص للجويني: 2/ 363 [وهو مختصر كتاب التّقريب والإرشاد للباقلاني].

(4) في التّفريع: 2/ 239.

(5) الظّاهر أنّه وقع خلط وتداخل في ذكر الأقوال، ونرى من المستحسن أن نورد نصّ الباجي كما هو في المنتقى حتى يتضح الأمر بإذن الله: «. . . قال مُطَرِّف وابن الماجِشُون وابن عبد الحَكَم وأَصْبَغ: يجزئه أن يقول: أراهُ عدلاً رضى، وليس عليه أن يقول وأعلمه عدلاً رضى جائز الشهادة، ولا يقبل منه إذا قال: لا أعلمه إلاّ عدلاً رضى. قال سحنون: ولا يقبل».

(6) من هنا إلى قوله: «ذلك إلاّ خيرًا» مقتبس من المنتقى: 5/ 196.

(7) ووجه هذا القول: أنّ الحكم الأوّل بتعديله باقٍ لا ينقضه التّجريح والارتياب، فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه.

فالأوّل يجزيه حتّى يُجرح بأمرٍ بيِّنٍ[١].

روى ابنُ حبيب عن مالك ومُطَرِّف وابن المَاجِشُون: ليس عليه ائتنافه، إلاّ أن يغمز فيه، أو يرتاب منه، ولا يزيدُهُ طولُ ذلك إلاّ خيرًا[1].

فإذا انتهى الكلامُ إلى هذا المقام، وتَحصَّلَ[2] ضبط الشّهادة، فلها حالان:

الحالة الأُولى: حالةُ التّحمّلِ.

والثّانية: حالةُ أداءٍ.

1 ـ واختلفَ العلماءُ في التَّحَمُّل هل هو فرضٌ أو ندبٌ؟ مبنيًّا على قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾[3] وقد بيَّنَّا فيما تقدَّم[4] أنّها فرضٌ على الكِفَايَة، ولذلك يجِبُ على الإمام أنْ يَنْصِبَ لَهَا عُدُولاً يرزُقُهُمْ من بيت المال، ويتفرَّغونَ لإحياءِ حقوقِ الله، ويتوجّهُ إليهم الخطابُ حينئذٍ بالفريضة بإجماعٍ.

2 ـ والحالةُ الثّانيةُ: حالةُ الأداءِ، وهي فرضٌ إجماعًا إذا وَقَعَتْ على عدلين، فإن زادُوا، أُلْحِقَتْ بفروضِ الْكِفَايَةِ، هذا إذا عَلِمَ بها صاحبُها، فإن لم يعلَمْ وعَلِمَ الشّاهدُ أنّه يحتاجُ المتحاكمُ[٢] إلى أدائها، فإنّه عليه فرضٌ أن يفعلَهُ ويُعْلِمَهُ بها هٰهنا، لحديث زيد بن خالد الّذي رواهُ مالك[5]؛ أنّ رسولَ الله قال: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ الّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا» فإنْ كان الحقُّ لله، تَعَيَّنَ عَلَى الشّاهد فَرْضًا أن يقومَ بها عند الحاكِمِ، إلاّ أن يكونَ من الحدودِ، والأفضل[٣] له أن يستر على المُتَهَتِّكِ كما تقدَّمَ البيان قبلُ.

---

(١) ف، جـ، وفي المنتقى: «بأمرين».

(٢) في النسخ: «يحتاج إلى الحاكم» والمثبت من القبس 81/ 43 (ط. هجر).

(٣) في القبس: «فإنّ الأفضل».

....

(1) من هنا إلى آخر الفصل ورد في القبس: 3/ 887 ـ 888.

(2) البقرة: 282.

(3) في القبس: «وقد بيّنا في كتاب الأحكام» قلنا: وهو في الأحكام: 1/ 256 ـ 257.

(4) في الموطأ (2105) رواية يحيى.

(5) هذه المسألة مع تفصيلها مقتبسة من المنتقى: 5/ 197.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 332، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 336، والمبسوط: 16/ 129.

الفقه في ست مسائل:

المسألة الأُولى[1]:

أمّا تحمُّلها فعلى ثلاثة أَضْرُبٍ:

أحدها: تحمُّلُ نقلِها من الأصل.

والثّاني: تحمُّلُ نقلِها عن[١] الشّهود.

والثّالث: تحمُّلُ نقلِ حُكْمِها عند الحاكم[٢].

تفصيل:

فأمّا الأوّل: فعلى ضربين:

أحدُهما: أن يسمع لَفْظَها من الّذي عليه الحقّ بالشهادة[٣] له وإقراره.

والثّاني: أن يشهد على ما تَقَيَّدَ في الكتاب.

فأمّا الأوّل: فهو أن يسمع ما يشهد[٤] به، فإذا وَعَاهُ، جازَ أن يشهد به، ويلزمُه ذلك إذا لم يقم بها غيرُهُ.

ويجوز على هذا إشهاد[٥] الأعمى، خلافًا لأبي حنيفة[2] في قوله[٦]: لا يجوز ما يسمع[٧] في حال العَمَى، على ما نُبَيِّنُه في موضعه إن شاء الله.

المسألة الثّانية[3]:

وأمّا إذا شَهِدَ على ما تَقَيَّدَ في الكتاب، فلا يخلو أن يكون مختومًا، أو غير

---

(١) م، ف، ج: «على» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «عن الحكم» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف: «بإشهاده».

(٤) م: «يسمع فيشهد»، ف: «يسمع يشهد»، ج: «يسمع فشهد» والمثبت من المنتقى.

(٥) ج: «إشهاده»، المنتقى: «شهادة».

(٦) م، ف، ج: «لقوله» والمثبت من المنتقى.

(٧) في المنتقى: «ما تحمل».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 198.

(2) 3/ 1555.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 199.

مختوم، فإن كان غير مختوم، فعندي أنّه يلزمه أن يقرأ[١] ما تقيّدَتْ به الشّهادة في آخر العَقْدِ إن كان يقرأ، أو يُقرَأَ له إن كان أُمِّيًا أو أعمَى، ليَعْلَمَ موافقة تقييدها لما شهد[٢] به. وإن كان مختومًا ففي «المعونة»[1] اختلافٌ حكاه عبد الوهّاب قال: «اختلفَ قولُ مالك فيمن دفعَ إلى الشُّهود كتابًا وختَمه وأَشْهَدَ الشُّهودَ وهُوَ مطويٌّ، فقال لهم: اشْهدُوا على ما فيه، هل يجوز تحمّلهم لها أم لا؟ وكذلك الحاكِمُ إذا كَتَبَ كتابًا وخَتَمَهُ وأَشْهَدَ الشُّهودَ أنّه كتابهُ ولم يقرأهُ عليهم، فعنه في ذلك رَوايَتَانِ: إِحداهُمَا: أنّ الشّهادة جائزةٌ. والرِّوايَةُ الثّانِيَة: أنّهم لا يشهَدُون حتّى يقرأه عليهم». وهو الصّحيح عندي.

المسألة الثالثة[2]:

وأما حالُ الأداءِ، فإن كان يؤدِّي شهادة[٣] حفظها، فحُكْمُه أن يكون حافظًا لها حين الأَدَاءِ، إمّا لأنّه اسْتَدَامَ حِفظها، وإمّا لأنّه قيَّدَهَا في كتابٍ عند نفسه أو عند المشهود له. وهذا يُسَمَّى عَقْدًا اسْتِرْعَاءً، يكتب[3]: يَشْهَدُ مَنْ تَسَمَّى في هذا الكتاب من الشُّهداء، أنّهم يعرفون كذا، ثمّ يكتب شهادته ويسلِّم العَقْد إِلَيْهِ[4]. فإن احتاج إليه ودعاهُ، لزِمَه أن ينظره، فإن كان ذَاكِرًا لجَمِيعِهِ، أدّاها على عُمومِهَا، وإن ذَكَرَ بَعْضَهَا، شَهِدَ بِمَا ذكَرَ، وإن لم يذكر شيئًا فلا يشهد.

المسألة الرّابعة[5]:

وأمّا «تحمُّلُ نَقْلِها» ففيه فصلان: أحدُهما: في نقلها عن مُعَيَّنِيْنِ. والثّاني: في نقلها عن غير مُعَيَّنِيْنِ.

فأمّا الأوّل: فيجبُ أن يكونَ ممَّن ينقلُ عنه، متيَقّنًا لما أُشهِد به، فإن شكَّ فيه أو نَسِيَهُ لم يصحّ نقلهَا عنه، قاله مالك في «المجموعة».

---

(١) م، جـ: «أن يطرقه» وهي ساقطة من: ف، والمثبت من المنتقى.

(٢) ف: «يشهد».

(٣) م، ف، جـ: «شهادته» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أي صفته عند أصحاب الوثائق أن يُكْتَب.

(2) أي إلى المشهود له.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 200 ـ 201.

(4) الظّاهر ـ والله أعلم ـ أنّه سقطت هاهنا عبارة بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، والعبارة كما في المنتقى: «... أن ينقلها عنه حتّى يشهده على ذلك. ووجه ذلك: أنّ المخبر قد ترك التحرّز

وأمّا لو سمعه ينصّها، لم يَجُز أن ينقلها عنه[1]، كأدائها إلى الحاكم، ولو سمعه الحاكم ينصُّها ولم يؤدِّها عنده، لم يكن له العمل بها، فكذلك النّاقل لها عنه.

ولو سَمِعَه يُشْهِد عليها غيرَهُ، ولم يشهد، فقد قال مالك: لا يشهد على شهادته وإن احتيج إليه، بخلاف المقرّ على نفسه.

المسألة الخامسة[2]:

قال علماؤنا[3]: وما يتّصل بالشّهادة الشّهادة على الخطّ[4]، فالمشهورُ من قول مالك: أنّه لا تجوز الشّهادة على خطِّه، رواه محمّد[5] واختاره.

ورَوَى ابنُ القاسم وابنُ وهب عنه[6] في «العُتْبِيَّة»[7] و«الموّازية» الجواز، ولا يجزىء فيها أقلّ من شاهِدَيْن يحلف الطّالب ويستحقّ حقّه، قاله سحنون.

وقال أَصْبَغ[8]: الشهادةُ على خطِّ الشّاهد الغائب أو الميِّت قويَّةٌ في الحكم بها[١].

واحتجّ محمّد للمنع: بأنّ الشّهادةَ على خطِّه بمنزلة أن يسمعه ينصّها، وذلك لا يُسَوِّغُ نقلَها عنه.

فإذا قلنا بجوازها، فقد قال مُطَرِّف وابن المَاجِشُون[9]: إنّها تجوزُ في الأموال

---

(١) في النسخ: «به» والمثبت من المنتقى ومنتخب الأحكام.

....

والاستيعاب للشهادة، والمؤدّي للشّهادة يتحرّز فيها ويؤدّيها أداء يقتضي العمل بها، وأداء الشاهد شهادته إلى من ينقلها عنه...».

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 201 - 202.

(2) المقصود هو الإمام الباجي.

(3) أي خطّ الشّاهد.

(4) نصّ عليه ابن أبي زمنين في منتخب الأحكام: 1/ 144 - 145.

(5) أي عن الإمام مالك.

(6) 10/ 166 - 168 في نوازل سئل عنها سحنون، من كتاب الشهادات.

(7) أورد هذا القول ابن أبي زمنين في منتخب الأحكام: 1/ 144 نقلاً عن ابن حبيب.

(8) أورد نحو قولهما ابن أبي زمنين في منتخب الأحكام: 1/ 144 نقلاً عن ابن المواز الذي نقل بدوره عن كتاب ابن حبيب.

(9) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 202.

(10) في التّفريع: 2/ 247.

خاصّة، حيث يجوز اليمينُ مع الشّاهد، وقاله أَصْبَغ.

ووجه ذلك: أنّها شهادةٌ ناقصةٌ مختلف في صحّتها كاليمين مع الشّاهد.

المسألة السّادسة[1]:

وأمّا الشّهادة على خَطِّ المُقِرِّ، فقد قال محمّد: لم يختلف[١] قولُ مالكٍ فيها، وقال: هي بمنزلةِ أن يسمعه يُقرّ، فتصحُّ شهادتُه عليه وإن لم يأذَن في ذلك.

وقال ابنُ الجلاّبِ[2]: «فيها روايتان الجوازُ والمنعُ».

فوجهُ المنعِ: ما قاله ابنُ عبد الحَكَم: لا أرى أن يقضى بها، لِمَا أحدثَ النّاسُ من الضّربِ على الخطوط، ومذهب مالك أنّه لا تجوزُ.

فإذا قلنا بجوازها، فهل يلزمه اليمين معها أم لا؟ قال ابنُ الجلاّب[3]: «فيها روايتان: إحداهما: يحكم له بها وباليمين. والثّانية: لا يحكم له بذلك».

المسألة السّابعة[4]:

وأمّا نقلها عن غير معيَّنَيْنِ، وهي الشّهادة على السَّمَاعِ، فهي جائزة عند مالك، وهي مختصّةٌ بما تقادَم تقادمًا يبيد فيه الشهود وتُنْسَى فيه الشّهادات[٢]. وقال: عبد الوهّاب[5]: «تختصُّ بما لا يتغيّر حالُه ولا ينتقل[٣] ملكه، كالموت والنّسب والوقف»[6].

فأمّا «الموت» فإنّه يشهد فيه على السّماع فيما بَعُدَ من البلاد، وأمّا ما قَرُبَ فلا.

---

(١) م، ف، ج: «... محمد اختلف» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «بما تقادم وما يفيده فيها الشهود ولتبين الشهادات» وهي عبارة مصحّفة، والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «ولا ينقل» والمثبت من المعونة والمنتقى.

....

(1) في التّفريع: 2/ 247.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 202.

(3) في المعونة: 3/ 1554.

(4) أي الوقف المحرّم كما في المعونة والمنتقى.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 202 ـ 203.

(6) قوله: «اختلف...» هو من قول ابن المواز. كما نصّ على ذلك الباجي.

مسألة[1]:

وأمّا «النَّسَب والوَلاَء» فقد اختلفَ[2] قولُ مالك في شهادة السّماع في الوَلاَء والنَّسَب، فأكثرُ قوله وقول(١) ابن القاسم: يقضَى له فيها[3]. مثل[4] أن يقول: أشهدُ أنّ نافعًا مولى ابن عمر، يريد: إذا بلغ من التّواتر بحيث يقعُ به العلم، فيشهد على علمه ولا يُضيفُ شهادته إلى السّماع، وفي آخر المسألة قيل لابن القاسم: أَفَنَشْهَدُ أنّك ابن القاسم ولا نعرف أباك[5] إلاّ بالسّماع؟ قال: نعم: يقطع بها، ويثبت بها النّسب. ولأنّ الشّهادة على السماع غير الشّهادة على العالم بالخبر المتواتر، لأنّ هذا فلان ابن فلان[6].

المسألة الثّامنة[7]:

قال الإمام: أمّا شهادةُ السَّماعِ، فإنّها معلومةٌ، وهي على ضربين:

خاصّةٌ فيما تسمَعُه وتشاهِدُه.

وعامّةٌ فيما تسمَعُه ولا تشاهِدُه.

وقدِ اختلفَ العلماءُ في هذا القِسْمِ من(٢) شهادة السَّمَاعِ اختلافًا كثيرًا، بيّنّاه في

---

(١) م، ف، ج: «وقال» ولعلّ الصّواب الذي يناسب السياق ما أثبتنا.

(٢) م، ف، ج: «في» والمثبت من القبس.

....

(1) أي يقضي له بالولاء والنّسب.

(2) الظّاهر أن جملة سقطت لا يستقيم الكلام بدونها، ونرى من المستحسن إثباتها، وهي: «وفي العُتبيّة من رواية أبي زيد عن ابن القاسم: يقضي له بالميراث ولا يجرّ بذلك ولاء ولا يثبت له نسب، إلاّ أن يكون أمر انتشر، مثل...».

(3) تتمة العبارة كما في المنتقى: «ولا أنّك ابنه».

(4) هذه العبارة الأخيرة وردت في الأصل المنقول عنه ضِمْنَ كلام طويلٍ، ونظرًا لغموضه نرى من المستحسن إيراد كلام الباجي كما هو في المنتقى: «قال القاضي أبو محمد في معونته [3/ 1554]: إنّ الشّهادة على السّماع من معنى الخبر المتواتر، ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد في السّماع من عدد غير محصور؛ لأنّه قال: يقول الشاهد في أداء الشّهادة لم أزل أسمع أن فلان بن فلان، غير أنّه لم يشترط أهل العدل فيمن سمع منهم، فلم تختصّ المسألة على مذاهب شيوخنا، والله أعلم».

(5) انظرها في القبس: 3/ 889 ـ 890.

(6) يقول المؤلف في القبس: «وقال سحنون فيها: لا تجوز، قال علماؤنا: وذلك إذا لم يدرك زمان المجرّح والمعدّل فإن أدرك زمانه لم يقع ذلك إلاّ على العلم».

(7) أي قول عمر بن الخطاب بلاغًا في الموطأ (2107) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب

«مسائل الخلاف» وما توسَّعَ فيها أحدٌ من العلماء كتوسِعَةِ[١] المالكيّة، وقد جمعناها على آرائهم، فألفيناها كثيرةً، الحاضرُ الآن في الخاطِرِ خمسةٌ وعشرونَ حُكْمًا:

1 ـ الأحباس.

2 ـ الملكُ المتقادِمُ.

3 ـ الوَلاَءُ.

4 ـ النَّسَبُ.

5 ـ الموتُ.

6 ـ الوِلايةُ.

7 ـ العُزْلَةُ.

8 ـ الجُرْحَة[1].

9 ـ الصَّدَقَةُ.

10 ـ الهِبَةُ.

11 ـ الإسلامُ.

12 ـ الكُفْرُ.

13 ـ الحَمْلُ.

14 ـ الوِلاَدَةُ.

15 ـ التّرشيدُ.

16 ـ التّسفيهُ.

17 ـ البيعُ في حال الرَّضَاعِ.

18 ـ النّكاحُ[٢].

19 ـ الطّلاقُ.

20 ـ الضَّرَرُ.

---

(١) م: «أكثر سعة»، في القبس: «توسع».

(٢) «النّكاح» زيادة من القبس.

....

(2933)، وابن بكير عند البيهقي: 10/ 166.

(1) أخرجه الترمذي (2298) وقال: «هذا حديث غريب... ولا نعرف معنى هذا الحديث، ولا يصحّ

21 ـ الوَصَايَا.

22 ـ إبَاقُ العَبْدُ.

23 ـ الحُرِيَّةُ.

24 ـ الحِرَابَةُ.

25 ـ *وزاد بعضهم: البُنُوَّةُ والأُخُوَّةُ*(١). وقد مهّدنا ذلك تأصيلاً وتفصيلاً وتفريعًا في «**كتب المسائل**» فهذه كلّها تجوزُ شهادةُ السّماعِ فيها إن شاء الله.

حديث: قوله[1]: «لاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلاَ ظَنِينٍ» رُوِيَ عن يزيد بن سنان عن عُروة عن عائشة ترفعُه قالت: «لاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلاَ خَائِنَةٍ، وَلاَ ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ، وَلاَ ظَنِينٍ فِي وَلاَءٍ وَلاَ قَرَابَةٍ، وَلاَ الْقَانِعِ مَعَ أَهْلِ الْبَيْتِ لَهُمْ»[2] وأصحُّها حديث عمر البلاغ في «**الموطّأ**» قوله: «ولاَ تَجُوزُ شَهَادَة خَصْمٍ وَلاَ ظَنِينٍ».

الإسناد:

قال الإمام: قد بيّنّا أنّ حديث عُمَر بلاغٌ، ولكنّه صحيحٌ مُسْنَدٌ من طُرُقٍ[3].

العربيّة في خَمْسَةِ ألفاظٍ:

الأوّل: قولُه: «خِصْم» يقالُ بفتح الخاء وكسرها، فإذا كان بالفتح، فهو أحد الخَصمين، ويقال ذلك للاثنين والجمع(٢)، قال الله تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَنكَ نَبَؤُاْ الْخَصْمِ إِذْ

---

(١) ما بين النجمتين زيادة من القبس.

(٢) م، ف، ج: «الجميع» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

....

عندي من قبل إسناده» والطحاوي في شرح مشكل الآثار (4866)، وابن حبان في المجروحين: 3/ 100، وابن عدي في الكامل: 7/ 259، والدارقطني: 4/ 244، والبيهقي: 10/ 155، والبغوي (2510)، كما رواه ابن الجوزي في العلل: 2/ 759 وضعّفه، ونقل ابن أبي حاتم في علله: 1/ 476 عن أبي زرعة أنه قال: «هذا حديث منكر» وقال ابن حزم في المحلّى: 9/ 416 «لا يصحّ» وانظر نصب الراية: 4/ 83.

(1) انظر الاستذكار: 22/ 29.

(2) سورة ص: 21، وانظر أحكام القرآن: 4/ 1630.

(3) هذا السّطر والذي يليه قاله ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 104 [2/ 7].

(4) يقول البوني في تفسير الموطأ: 100/ أ «في هذا الحديث من الفقه: أنّ النّاس كانوا في أوّل الإسلام

﴿تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ﴾ الآية[1]، وإذا كان بالكسر فهو بممعنَى الخِصَامِ والمجادلة.

اللّفظ الثّاني: قولُه: «وَلاَ ظَنِينٍ»: وهذا[2] يدخلُ[(١)] في وُجوهٍ شتَّى:

منها: الظَّنِينُ في حالةٍ بغير الصّلاح.

وقيل: هو الّذي يُتَّهَمُ في الدّعاوى، مثل أن يدعى إلى غير أبيه، أو المتوالي إلى غير واليه، وقد يكون الّذي يُتَّهَم في شهادته لقرابته كالوالد للولد[3].

وقيل[4]: هو المُتَّهَم في دِينِه.

اللّفظ الثالث: قولُه في الحديث الثّاني: «لاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلاَ خَائِنَةٍ وَلاَ ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ».

أمّا قولُه: «خَائِن» فإنّ الخيانة تدخل في أشياء كثيرة سوى الخيانة في المالِ، منها أن يُؤمن على فَرْجٍ فلا يؤديّ فيه الأمانة، وكذلك إنِ استودع سرًّا.

ومنه أيضًا قولُه: «إنَّمَا تُجالَسُونَ بِالأَمَانَةِ»[5].

اللّفظ الرّابع: أما قوله: «وَلاَ ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ» فإن الغمرة الشّحناء والعَدَاوة، فإذا كان هذا، فللرجل أن يُوَكِّلَ الخَصْم للكلام، وهذا هو الّذي لا تجوز شهادته لأجل مُخَاصَمَتِهِ.

اللّفظ الخامس: قوله: «وَلاَ الْقَانِعِ مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ لَهُمْ» فإنّه الرّجُلُ يكون مع الرَّجُلِ كالجارِ لهم، والقانع يطلب فضله.

قال الإمام: ويتركّب على هذا الحديث من الفقه إحدى وعشرون مسألة:

---

(١) ف: «يدلّ».

....

على العدالة، حتّى كَثُر من دخل في الإسلام من أصناف أهل الأديان. فبدت منهم شهادة الزّور، فحكم عمر أن يكون النّاسُ على الاستخبار، وحينئذ قال: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين».

(1) قاله البوني في تفسيره في الموضع السابق.

(2) رواه ابن سعد في الطبقات: 5/ 370، والعقيلي في الضعفاء: 1/ 169، 4/ 340، والقضاعي في مسند الشهاب (1021) من حديث ابن عباس مطوّلاً.

(3) في المدونة: 4/ 80 في شهادة ذوي القرابة بعضهم لبعض.

(4) في الأم: 13/ 357 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 17/ 165.

(5) انظر مختصر الطحاوي: 335.

(6) انظر المغني: 14/ 181.

المسألة الأُولى: فيمن تجوز شهادته ومن لا تجوز

وشهادة الوَالِد لوَلَدِه والوَلَد لوَالِدِه، قال جماعة: تبطلُ شهادةُ بعضهم لبعضٍ، وأَبْطَلَ ذلك مالك[1]، والشّافعيّ[2]، والنّخعي، وأبو حنيفة[3]، وأحمد[4]، وسفيان الثّوري.

وأجازت طائفةٌ شهادة الوَالِد للوَلَد، والوَلَد للوَالِد، بظاهر قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[5] وهو مذهب عمر بن الخطّاب، وعمر بن عبد العزيز، وإسحاق، وأبي ثور.

وأجاز إيّاس بن معاوية شهادة الرّجُل لابنه.

وذكر الزّهري قوله[6]: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ﴾ الآية[7]، والصّحيح من المذهب أنّه لا يجوز ذلك لواحدٍ منهم[8].

المسألة الثّانية: شهادة الإخوة والأخوات والقرابات بعضهم لبعضٍ

فقال مالك: لا تجوزُ شهادةُ الأخِ لأخيه في النَّسَبِ، وتجوزُ في الحقوق[9].

وأجمع عوامّ أهل العلم أن شهادةَ الأخِ لأخيه جائزةٌ إذا كان عَدْلاً.

وقال أصحاب الرّأي: شهادةُ العَمّ والخال جائزةٌ، وكذلك شهادة الرّجل لأبيه وابنه من الرّضاعة.

فأمّا مالك فقال: لا تجوزُ شهادةُ الأخِ لأخيه في النَّسَبِ.

....

(1) البقرة: 282، وانظر أحكام القرآن: 1/ 254.

(2) بمعنى أنه كان يتأوّل الآية الكريمة ليجيز شهادة الوالد لولده، وأخرج قوله الطبري في تفسيره: 5/ 322.

(3) المائدة: 8، وانظر أحكام القرآن: 2/ 585.

(4) وهو الّذي نصره في الأحكام: 1/ 507 حيث قال: «والمختار عندي أنّ أصل الشريعة لا تُجوّز شهادة الوالِد للولَد ولا الولَد للوالد لما بينهما من البعضيّة».

(5) انظر المدونة: 4/ 80 - 81 في شهادة الصديق والأخ والشريك.

(6) انظر الحاوي الكبير: 17/ 166.

(7) في المدونة: 4/ 80 في شهادة ذوي القرابة بعضهم لبعض.

(8) المشهور عن الشافعي أنّه يقول بالجواز، وهو الذي نصّ عليه المؤلّف سابقًا.

(9) انظر المغني لابن قدامة: 14/ 183.

المسألة الثّالثة: شهادة الزّوج لزوجته والمرأة لزوجها

اختلف العلماءُ في شهادة الزّوجين كلٌّ واحدٍ منهما لصاحبه، فأجاز ذلك الحَسَن البصريّ، والشّافعي[1]، وأبو ثور.

وأجاز شُرَيْح شهادة زوجٍ وأبٍ.

وقال مالك[2] والشافعي[3] وأحمد[4] وإسحاق: لا تجوز شهادة واحدٍ منهما لصاحبه. وهو الصّحيح عندي، لقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[5].

المسألة الرّابعة: في شهادة الشّريك لشريكه

وقد اختلفَ العلماءُ في هذه المسألة، فقال قوم: لا تجوز شهادة الشّريك لشريكه، وهذا قول الشّافعيّ[6] وأحمد[7] والنعمان[8].

قال الإمام: أمّا ما كان من حال الحدود والقِصاص والنِّكاح؛ فإنّ هذا ليس من التّجارة ولا المشاركة في شيءٍ، وإنّما يبعد تجويزها فيما قد اشتبكا فيه، أو فيما هما فيه شريكان، والله أعلم.

المسألة الخامسة: في شهادة البدويّ على القَرَوِيّ

وقد ثبت الحديث عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «لاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ قَرَوِيٍّ عَلَى صَاحِبِ قَرْيَةٍ»[9].

....

(1) البقرة: 282.
(2) انظر فتاوى ابن الصّلاح: 2/ 509.
(3) انظر المغني: 14/ 178.
(4) انظر المبسوط: 28/ 83، والهداية شرح البداية: 3/ 123.
(5) أخرجه أبو داود (3602 م)، وابن ماجه (2367)، والدارقطني (58)، والحاكم: 4/ 111 [ط. عطا]، والبيهقي: 10/ 250.
(6) البقرة: 282.
(7) انظر الحاوي الكبير: 17/ 213.
(8) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 338.
(9) البقرة: 282.

واختلفوا في شهادة البَدويّ على الحَضَرِيّ أو على القرويّ.

فقالت طائفة: شهادتُهُ جائزةٌ إذا كان عَدْلاً على ظاهر قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ الآية[1]، هذا قول ابن سِيرِينَ والشّافعيّ[2] وأبي ثور، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه[3] إذا كان عَدْلاً بظاهر الآية.

المسألة السّادسة: في شهادة ولَد الزّنا

وهي مسألةٌ اختلفَ العلماءُ فيها، فقالت طائفة: يجب قَبُولها إذا كان عَدْلاً على ظاهر قولِهِ: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ الآية[4]، هذا قول عَطَاء بن أبي رباح[5]، والحسن، والشّعبيّ[6]، والزُّهريّ، والشّافعي[7]، وأحمد[8]، وإسحاق، وأبي حنيفة وأصحابه[9]، وأبي عُبَيْدٍ.

قال الإمام: وكذلك[١] نقول بالجواز إذا كان عَدْلاً.

وقالت طائفة: لا تجوز شهادته، كذلك قال نافع مَوْلَى ابن عمر، وبه قال اللّيث في الشّهادة في الزّنا إذا كانوا أربعة: أحدهم ولد زنًا، قال: تُرَدُّ شهادتُهم ولا حدَّ عليهم.

وقال مالك في ولَدِ الزّنا: إنّه في شهادته بمنزلة رجلٍ من المسلمين، ولا تجوز شهادته في الزّنا خاصّة[10].

---

(١) م، جـ: «وبذلك».

....

(1) أخرجه عبد الرزاق (15381).
(2) أخرجه عبد الرزاق (15382).
(3) انظر الحاوي الكبير: 17/ 210.
(4) انظر المغني: 14/ 187.
(5) انظر مختصر الطحاوي: 337، ومختصر اختلاف [illegible]ماء: 3/ 378.
(6) انظر المعونة: 3/ 1534، ومواهب الجليل: 6/ 161.
(7) البقرة: 282.
(8) رواه ابن أبي شيبة (20285).
(9) روى ابن أبي شيبة (20282) عن أنس أنّه أجاز شهادة العبيد، وانظر اختلاف العلماء للمروزي: 383.
(10) انظر الحاوي الكبير: 17/ 213.

المسألة السّابعة: في شهادةِ العَبْدِ

فقالت طائفة: شهادتُهُ كشهادَةِ الحُرِّ إذا كان رِضىً، لدخوله في جملة قوله: ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ الآية[1]، ورُوِيَ هذا القولُ عن عليّ[2]، وبه قال أنس بن مالك وقال: ما علِمْتُ أنّ أحدًا رَدَّ شهادةَ العبدِ[3].

وقال الشّافعيُّ[4]: تجوز شهادتُهُ في الشّيءِ اليسيرِ، وقد تقدّم الكلام عليه أنّ من شروطه الحريّة.

المسألة الثّامنة: في شهادة الأعمى

وهي مسألة خِلاَفيّة جدًّا! فقال مالك[5] وجماعة منهم الزّهري[6]، والشّعبي[7]: إنّ شهادته جائزة.

وقال الشّافعيّ[8]: لا تجوز.

والعارضة فيها أن نقول[9]: إذا ثبت أنّ الشّهادةَ تقفُ على العِلْم؛ فإنّ الله تعالى جعل الحواسَّ[١] طريقًا إليه. فأمّا البصَرُ فهو أخو البصيرة، يكْشفُ جُمَلاً من المشاهداتِ، ويُلْقِي إلى القلب[٢] فنونًا من المعلومات بواسطة الألوانِ، ويعضُدُ[٣] السّمعَ

---

(١) «الحواس» زيادة من القبس.

(٢) «إلى القلب» زيادة من القبس.

(٣) في النسخ: «يعضده» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر التفريع: 2/ 236، والمعونة: 3/ 1557.

(2) رواه عنه عبد الرزاق (15374)، وابن أبي شيبة (20956).

(3) رواه عنه عبد الرزاق (15376).

(4) في الأم: 13/ 355 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 17/ 39.

(5) من هنا إلى آخر المسألة ورد بالقبس: 3/ 888 - 889.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 332، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 336، والمبسوط: 16/ 129.

(7) انظر الأم: 13/ 518 (ط. قتيبة).

(8) رواه مالك في الموطأ (194) رواية يحيى.

(9) حكاه عنه الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء: 3/ 344، وابن حزم في المحلّى: 9/ 418.

(10) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 344، والمبسوط: 16/ 148.

كما يعضُدُه، ويَسْتَرْفِدُ[١] كلُّ واحدٍ منهما أخاه فَيُرْفِدُهُ، فإن عُدِمَ أحدُهما، فإنْ كان المعدومُ هو السّمعَ، فلا خلافَ في جوازِ الشّهادةِ[٢] بما يُلقِيه البصرُ. فإن عُدِمَ البصرُ؛ فإنّ النّاس قد اختلفوا في شهادةِ ما يُلْقِيهِ السّمعُ؛ فجمهورُ العلماءِ على أنّ شهادةَ الأعمى جائزةٌ. وقال أبو حنيفةَ[1] والشّافعيّ[2]: لا تجوزُ شهادةُ الأعمى لاشتباه الأصوات ووجود المحاكاة[٣] الّتي يَعْسُرُ[٤] الفصلُ فيها إلاّ على من عَاينَ[٥] الْمُحَاكِيَ والْمُحَاكَى، وهي مسألةٌ عسيرةٌ جدًا تهاونَ العلماءُ بها، وهي معضلةٌ، وقد بيّنّاها في **«مسائل الخلاف»** واعْتَضَدَ[٦] العلماءُ القُدَماء والمُحَدِّثُون[٧] بقول النّبيّ: «فَكُلُوا[٨] وَاشْرَبُوا حَتَّى يُنَادِيَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ»[3] فربطَ النّبيُّ ﷺ الحِلَّ والحِرْمَةَ بسَمَاعِ الصّوتِ المَعْهُودِ، وفرَّقَ علماءُ الحنفيّةِ بينهما بفرقٍ عظيمٍ، وهو أنّ الأذانَ ليس بمَوْضِعٍ لِلتَّلَبُّسِ[٩] والحِيلَة، والشّهادةُ مَعْدِنُ ذلك.

وقال علماؤنا: الْمُحَاكَاةُ الّتي يَعْسُرُ[١٠] الفرقُ فيها، إنّما تكونُ في الكلمة والكلمتين، وأمّا سَرْدُ القولِ، فلا يكادُ يَخْفَى الفرقُ بين التّحكيةِ والحقيقةِ، ولذلك يقالُ للأعمى: لا تَقْنَعْ في تَحَمُّلِ الشّهادة بِقَوْل: نعم، حتّى تُوصَفَ[١١] المسألةُ بأن يقول: بايَعْتُ، ونَكَحْتُ[١٢]، فحينئذٍ يرتفِعُ اللَّبْسُ ويظهَرُ الفَرْقُ.

---

(١) ج، م: «ويشرك»، ف: «ويستزيد»، والمثبت من القبس.
(٢) م: «الشّهادات».
(٣) م، ج: «المحكمات»، ف: «المحكيات» والمثبت من القبس.
(٤) م، ف، ج: «تتغير» والمثبت من القبس.
(٥) «من عاين» زيادة من القبس.
(٦) م، ف، ج: «اعتمد»، وفي القبس: «واعتض» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.
(٧) في القبس: «العلماء من الفقهاء والمحدثين».
(٨) م، ف: «وكلوا»، ج: «كلو» والمثبت من القبس والموطأ.
(٩) م، ف: «للتلبيس».
(١٠) م، ف، ج: «يتغير» والمثبت من القبس.
(١١) في القبس: «يَصِفَ».
(١٢) م: «ودافعت»، ج: «وربحت» وهي ساقطة من: م، والمثبت من القبس.

....

(1) قاله مالك في المدونة: 4/ 79 في شهادة الأجير.
(2) انظر الحاوي الكبير: 17/ 162.
(3) انظر المدونة: 4/ 80 ـ 81 في شهادة الصديق والأخ والشريك، والمعونة: 3/ 1532.

المسألة التّاسعة: في شهادة الأجير والصّديق والوكيل

قال جماعة: لا تجوزُ شهادةُ الأجيرِ إذا استأجَرَهُ، وبه قال الأوزاعي[1] وأصحابُ الرّأي[2].

وقال الإمام: لا تجوز شهادة الأجير لمن استجأره[3] فيما يتولّى قبضه الأجير[١]، وشهادته جائزةٌ له فيما لا يتولاّه الأجير ولا يلي قبضه، وهذا يُشبِهُ مذهب الشّافعيّ، وشهادةُ الوكيلِ للّذي[٢] وكُلّهُ بمنزلة شهادة الأجير.

وأمّا شهادة الصّديق لصديقه فذلك جائزٌ في قول الشّافعيّ[4].

وقال[٣] مالك وأبو ثور: إنّ شهادةَ الرّجُل الملاطف[٤] بِصِلَةٍ وبعطف[٥] لا أرى شهادته جائزة، وإذا كان لا يناله[٦] معروفه فأرى شهادته جائزةً[5].

المسألة العاشرة: في شهادة الأخرس

اختلفَ العلماءُ فيها: فكان مالك يقول: إذا كانت شهادته تفهم فشهادتُه جائزةٌ، وطلاقُه يجوزُ إذا كَتَبَهُ بيَدِهِ[6]، وذكر الْمُزَنِيُّ أنّ هذا قياسٌ على قول الشّافعيّ[7].

---

(١) م، ف، جـ: «للأجير» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.

(٢) ف: «الذي».

(٣) «وقال» زيادة يقتضيها السّياق.

(٤) م، ف، جـ: «المصاب له» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.

(٥) م، جـ: «وتعطف».

(٦) م: «لا يسأله»، جـ: «لا يسلمه».

....

(1) انظر التفريع: 2/ 236، والمعونة: 3/ 1558.

(2) انظر المهذّب للشيرازي: 2/ 324 (ط. الفكر).

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 369، والمبسوط: 16/ 30.

(4) أخرجه البخاري (688)، ومسلم (412) من حديث عائشة.

(5) هو الكثير الحَلِفِ.

(6) وهو الذي يُخفي نفسه عن المشهود عليه، ليسمع إقرارَهُ ولا يعلمُ به.

(7) وهي الرواية الصحيحة في مذهب أحمد، انظر المغني: 14/ 211.

وقال أصحاب الرّأي[1]: لا تجوز شهادته حتّى يتكلّم.

قال الإمام: شهادَتُهُ جائزةٌ إذا كانت تُفهَم بالإشارة استدلالاً؛ لأنّ النّبيّ ﷺ صلّى وَهُوَ جَالِسٌ وَهُمْ قِيَامٌ، فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ أن اجْلِسُوا[2]، فَفَهِموا عنه إشارتَهُ.

المسألة الحادية عشرة: في شهادة الأحلف[3]

وقد اختلفَ العلماءُ فيها. فرُوِّينا عن عليّ وابن عباس أنّهما قالا: لا تجوز شهادتُه.
قال الإمام: ولا يصحّ ذلك عن[(١)] أحد منهما.

وقال الحسن البصري: شهادتُه وصلاتُه مقبولة.

المسألة الثّانية عشرة: في شهادة المختفي[4]

فقال قوم بتجويز ذلك[5]، ومنع منه قومٌ، وقد تقدّم بيانُها.

المسألة الثّالثة عشرة: في شهادة أهل الأهواء

واختلفَ العلماءُ في قَبُولها؛ فرأت طائفةٌ ردّ شهادتهم، وممّن رأى ذلك أحمد[6]، وإسحاق، وأبو ثور، وردّ شَريك شهادة يعقوب، فقيل له في ذلك، فقال: أربعة لا تجوزُ شهادتُهُم: رجل يزعمُ أنّ له في الأرض إِمَامًا مفترض طاعته، وخارجيٌّ يزعمُ أنّ الدُّنيا دار حَرْبٍ، وَقَدَرِيٌّ يرَى أنّ المشيئَةَ إليه، ومرجىءٌ[7].

وقال أحمد: لا يعجبني شهادة الجهميّة والرّافضة والقَدَرِيّة[8].

وقال مالك: لا تجوزُ شهادة القدريّة.

---

(١) ف، ج: «على» وهي ساقطة من: م، ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.

....

(1) انظر المغني: 10/ 168 (ط. الفكر).
(2) أورده ابن قدامة في المصدر السابق.
(3) أورده ابن قدامة في المصدر السابق.
(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 334.
(5) في الأم: 13/ 34 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 17/ 186.
(6) في الأم: 6/ 205 (ط. النجار).
(7) أخرجه الترمذي (2844)، وأبو يعلى (5104)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 297 من حديث عبد الله بن مسعود.

وأجاز قومٌ شهادة أهلِ الأهواء إذا لم يستحلّ الشاهد منهم شهادة الزُّور، وهذا قول ابن[١] أبي ليلى[1] وسفيان الثّوري والشّافعيّ[2].

وقال الشّافعي[3] أيضًا: لا تردُّ شهادة من أخذ بشيءٍ من التّأويل.

المسألة الرّابعة عشرة: في شهادة الشّعراء

وللعلماء في هذه المسألة أقوال:

أجازها قومٌ؛ لأنّ كلام الشّعراء حِكْمَةٌ ثبت عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «إِنَّ مِنَ الشِّعْرِ لَحِكْمَةً»[4]. فدلّ قوله على هذا أنّ من تكلّم بالحِكْمَة وقالها قُبِلَتْ شهادَتُه.

وقال الشّافعي[5]: «الشِّعرُ كلامٌ حَسَنُه كحَسَنِ الكلام، وقبيحُهُ كقبيحِ الكلام، فمن كان من الشُّعراءِ لا يُعْرَفُ بنقص[٢] المسلمين ولا يتعرّض للكذب لم تردّ شهادته». وعلى هذا المذهب، وأمّا إذا تعدّى[٣] في القول ويُعْرَفُ بهَجْوِ النّاس، لم تُقْبَل شهادته، ويُؤَدَّبُ إذا تعرّضَ لذلك.

المسألة الخامسة عشرة: في شهادة اللاعب بالشّطرنج والنَّرْدِ

قال مالك[6]: أمّا مَن أَدْمَنَ اللَّعِب به، أرى شهادته ضلالة؛ لأنّه من الضَّلالِ، قال الله تعالى: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ﴾[7].

---

(١) «ابن» زيادة لابد منها.
(٢) ف: «ينقص»، م: «ببعض».
(٣) جـ: «تعرض».

....

كما أخرج من طرق عن أبي بن كعب وابن عباس.
(1) في الأم: 13/ 40 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 17/ 202.
(2) انظر المدونة: 4/ 79 في شهادة اللاّعب بالشطرنج والنرد.
(3) يونس: 32.
(4) في الأمّ: 13/ 42 (ط. قتيبة).
(5) رواه مالك في الموطأ (2752) رواية يحيى.
(6) في المنتقى: 5/ 193.
(7) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 193.
(8) وذلك كمن يترك واجبًا كترك الصّلاة والصّيام حتى يخرج الوقت المشروع.

وقال الشّافعيّ[1]: «لا نُحبُّ اللّعب بالشّطرنج وهو[١] أخفّ من النّرْدِ»، ومن لعب بشيءٍ من هذا على الاستحلال وغَفَلَ به عن الصّلاة لم تُقْبَل شهادتُه، وقد رُوِّينا في ذلك حديثًا، قال رسولُ الله ﷺ: «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»[2].

المسألة السّادسة عشرة:

واختلفَ العلماءُ في شهادةِ القُرّاءِ بالألحانِ، وأحبّ إلَيَّ ألاّ تجوز، وقد قال أبو الوليد[3]: «لا تقبل شهادة القرّاء بعضُهُم لبعضٍ فإنّهم يتحاسدون فهم كالضّرائر».

المسألة السّابعة عشرة[4]: في شهادة البخيل الّذي ذَمَّهُ الله ورسولُه

فقيل: هو الّذي لا يؤدّي زكاةَ ماله. ومن أدّاها فليس ببخيل ولا تردُّ شهادتُه.

وقال بعض أصحابنا: تُرَدُّ شهادتُه لأنّه ساقط المروءة، وذلك يمنعُ من قَبُولِ الشّهادة.

وكذلك ما كان من العبادات على الفور[5]، وأمّا ما كان على التّراخي فإنّه[٢] لا تبطل شهادته حتّى يترك ذلك مدّة يغلب على الظَّنِّ التّهاون بها مع[٣] تَمَكُّنِهِ[٤] من أدائها.

المسألة الثّامنة عشرة: في شهادة المولى عليه[6] إن كان عَدْلاً

فشهادته جائزة[7]، وكان الحسن والشّافعيّ يقولان في قوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ الآية[8] قالا[٥]: صلاحًا لدِينِه وحِفْظًا لمالِهِ[9].

---

(١) في النسخ: «وهي» والمثبت من الأمّ للشافعيّ.

(٢) في المنتقى: «فإنّها».

(٣) م، ف، ج: «وذلك» والمثبت من المنتقى.

(٤) ف: «التمكينه».

(٥) م، ف، ج: «قال» ولعل الصّواب ما أثبتناه.

....

(1) أي لمولاه.

(2) قاله مالك في المدونة: 4/ 79 في شهادة المولى لمولاه.

(3) النساء: 6.

(4) وقول الحسن رواه الطبري في تفسيره: 4/ 252، وانظر أحكام القرآن: 1/ 322.

(5) انظر المعونة: 3/ 1525.

(6) انظر المهذب للشيرازي: 2/ 324 (ط. الفكر).

(7) انظر المبسوط: 16/ 131.

(8) انظر الأمّ: 13/ 46 (ط. قتيبة).

(9) انظر المعونة: 3/ 1535.

المسألة التّاسعة عشرة: في شهادة المجنون

أجمعَ أهلُ العلم أنّ شهادتَهُ جائزةٌ إذا أفاقَ من جُنونه وعقل، وهو مذهب مالك[1] والشّافعيّ[2].

المسألة الموفّى عشرين: في شهادة اللاّعب بالحمام

فكان شُرَيْح لا يُجِيزُ شهادتَهُ.

وقال أصحاب الرّأي[3]: لا تجوز شهادة اللاّعب بالحمام، ولا الّذي يُطَيِّرُهُنَّ ولا لجامع[١] الطّير المسجونة.

المسألة الحادية والعشرون: في شهادة مُتَّخِذ القِينَات[٢]

قال الشّافعيُّ[4]: إذا اتّخذَهَا للّهو والإعلان فهو بمنزلة السَّفِيهِ لا تُقْبَل شهادتُه.

المسألة الثّانية والعشرون: في شهادة شارب الخمر يتوبُ أو هو مقيمٌ عليها

قال علماؤنا: إذا كان الرَّجلُ ممّن يشربُ الخمرَ الحرام حتّى يسكر، ثم يتوب فيشهد، فشهادته جائزة[5].

واختلفوا فيمن يشرب مسكرًا متأوّلاً أو غير متأوِّلٍ.

فكان الشّافعيُّ يقول[6]: «مَن شربَ من الخمر شيئًا وهو يعرفُها خمرًا فهو مردودُ

---

(١) ف، جـ: «الجميع»، م: «بجميع» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.

(٢) م: «المغنيات».

....

(1) في الأم: 13/ 37، وانظر الحاوي الكبير: 17/ 182.

(2) في الموطأ (2110) رواية يحيى.

(3) انظره في القبس: 3/ 890.

(4) انظر أحكام القرآن للجصاص: 5/ 118، 127 (ط. قمحاوي).

(5) النور: 4.

(6) 2/ 262 (2110) رواية يحيى.

الشّهادة؛ لأنّ تحريمها نصّ في كتاب الله أسْكَرَ أم لم يسكر».

وقال الحسن في السّارق إذا قُطِعَت يده والزاني والسّكران إذا أُقيمَ عليهما الحدّ: إنّ شهادتهم جائزة إذا كانوا عدُولاً، وهو مذهب مالك[1] والشّافعيّ وأحمد وإسحاق وأبي ثور، خلافًا لأهل العراق، ولهذا قال مالك في «كتابه» وبوّب فقال:

باب[2]
القضاء في شهادة المحدود

قال الإمام: وإنّما خَصّ مالك هذه التّرجمةَ والّتي بعدَها وهي: «القَضَاءُ باليمينِ مع الشّاهِدِ» دونَ سائرِ مسائلِ الشّهاداتِ، لمُكَابَرَةِ أهل العراق *فيهما القرآنَ والسُّنَّةَ[3]، وتعلّق أهلُ العراقِ في*[١] ذلك بقوله عزّ وجلّ[٢]: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾[4]، واعتمدَ مالكٌ في «الموطّأ»[5] وغيرِه على قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ الآية[6].

وقال أبو حنيفةَ: إنّما تُفيدُ التّوبةُ المغفرةَ والرّحمةَ الّتي وَعَدَ اللهُ بها، فأمّا ردُّ الشّهادة فلا تُسْقِطُهُ التّوبةُ كما لم تُسقِطِ الجَلْدَ، ولو رَجَعَ قولُه: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ﴾ الآية[7]، إلى ما تقدّم لأسقطتِ التّوبةُ الحدَّ والرَّدَّ معًا، والباريءُ تعالى قد جعلَ الرَّدَّ مؤبَّدًا.

---

(١) ما بين النجمتين ساقط من النسخ المعتمدة، وقد استدركناه من القبس.

(٢) «بقوله عزّ وجلّ» زيادة من القبس.

....

(1) النور: 5.
(2) النور: 5.

قلنا له: يا أبا حنيفةَ، أنتَ أوّلُ(١) من نَقَضَ هذا، فلا يمكُنكَ أن تتقوّى(٢) به، قال النبيُّ ﷺ: «الْمُتَلاَعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»[1]، وقلتَ أنتَ: إذا أَكْذَبَ نفسَهُ ردَّها، فكيف رَاعَيْتَ الأبديَّة في القَذْفِ ورَدَدْتَها في اللِّعان، واللّفظُ واحدٌ؟! وهذا ما لا جوابَ له عليه، وقد مهّدنا ذلك في «مسائل الخلاف».

القضاء باليمين(٣) مع الشّاهد

قال الإمام[2]: عوَّلَ مالك في هذا الباب على حديث أبي جعفرٍ محمدِ بنِ عليٍّ المُرْسَلِ[3]، وعلى قضاءِ عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ الّذي عَهِدَ به[4].

الإسنادُ[5]:

قال الإمامُ: الصّحيحُ أنّ هذا الحديثَ مُرْسَلٌ[6]، وأَسْنَدَهُ غيرُه[7] عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن جابر بن عبد الله، عن النّبيِّ ﷺ؛ أنّه قضى بالشّاهد مع اليمين(٤)[8].

---

(١) ف، ج: «أولى».
(٢) في القبس: «تقول» وفي القبس: 18/ 66 (ط. هجر): «تتفوّه» وهي سديدة.
(٣) ج: «واليمين».
(٤) م: «في اليمين».

....

(1) أخرجه الدارقطني: 3/ 276 والبيهقي: 7/ 409 عن ابن عمر.
(2) انظره في القبس: 3/ 890 - 891.
(3) أخرجه مالك في الموطأ (2111) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2911)، وسويد (285)، ومحمد بن الحسن (846)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 145. وانظر تعليق بشار عوّاد معروف على الحديث في الموطأ.
(4) أخرجه مالك في الموطأ (2112) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2912)، وسويد (285)، والشافعي في الأم: 6/ 255 (ط. النجار).
(5) كلامه في الإسناد مقتبس من تفسير الموطأ للقنازعي: الورقة 176 مع اختلاف طفيف.
(6) عند جميع رواه الموطأ، كما نصّ على ذلك ابن عبد البر في الاستذكار: 22/ 47.
(7) وهم جماعة من الثقات، كما نصّ على ذلك ابن عبد البر في المصدر السابق.
(8) أخرجه بهذا الإسناد: أحمد: 3/ 305، وابن ماجه (3369)، والترمذي في جامعه (1344)، وفي علله الكبير (358)، وابن الجارود (1008)، والدّارقطني: 4/ 212، والبيهقي: 10/ 170، وابن عبد البر في التمهيد: 2/ 134.

الأصول[1]:

اعلموا ـ رحمكم الله ـ أنّه ما أطنبَ مالكٌ في مسألةٍ كإطنابه في هذه المسألة، فلقد سلَكَ فيها طريقَ الجِدَالِ، وكَثَّر(١) الأسئلَةَ والأجوبةَ، وأفاضَ في ضربِ(٢) الأمثالِ، والتّفريقِ بين مِثَالٍ ومِثَالٍ(٣)، وتحقيقِ الفرقِ بين الأصلِ والتّوابعِ. وظهَرَ(٤) له في ذلك عِلْمٌ عظيمٌ من الأصول والأحكام، بما يتفقّه به(٥) جميع الطوائف.

وأمّا متعلّقُ الخَصْم(٦) في إسقاطِ الشّاهِدِ واليمينِ، فظاهر البِدَايةِ، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُرْ﴾ الآية[2]، وقال ﷺ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»[3] وهذا لا غُبَارَ عليه قرآنًا وخَبَرًا، ونحنُ لا نُنْكِرُ هذا ولكنّا نَدَّعِي(٧) زيادةً، فإنا نقول: في ذلك ثلاثُ طُرُقٍ[4]:

الطّريقة الأولى ـ وهي أقواها ـ: إجماعُ أهل المدينة على نقل ذلك

ثَبتَ(٨) عنِ النّبيِّ ﷺ وعن الخُلَفَاء بعدَهُ. وهو ما لا حُجّة لهم عليه(٩)؛ لأنّه مهما اختلفَ النّاسُ في إجماعِ أهلِ المدينةِ من طريقِ النَّظَرِ، فليس يَقْدِرُ أحدٌ على اعتراضِ ما يجتمعونَ على نقله من طريقِ الأَثَر، وهذا قويٌّ جدًّا في النَّظَرِ[5].

الطّريقة الثّانية: في سَرْدِ الأحاديث الواردة في ذلك

وقد وردَ في ذلك أحاديثُ كثيرةٌ في المصنَّفَاتِ والمُسْنَدَاتِ، وجَمَعَ في ذلك

---

(١) في القبس: «وأكثر من».
(٢) م، ف، جـ: «ضروب» والمثبت من القبس.
(٣) «ومثال» زيادة من القبس.
(٤) في القبس: «وأظهر».
(٥) في القبس: «به تفقّهت».
(٦) م، جـ: «الحكم».
(٧) م، ف، جـ: «نراعي» والمثبت من القبس.
(٨) في القبس: «ذلك سُنّةً».
(٩) في القبس: «وهذا لا غبار عليه».

....

(1) انظر كلامه في الأصول بالقبس: 3/ 891.
(2) الطّلاق: 2.
(3) أخرجه البخاري (2515، 2516)، ومسلم (138) من حديث عبد الله بن مسعود.
(4) انظرها في القبس: 3/ 892 ـ 894.
(5) انظر المقدّمة في الأصول لابن القصار: 75 مع تعليقات المحقّق.

الدّارَقُطنيُّ وأبو بكر البغداديُّ[1] جُزءَيْنِ عظيمين، خَرَّجَا فيهما هذا الحديث عن بضعة عشر من الصّحابة بأسانيدَ كثيرة، وقد رَوَى مسلمٌ[2] والأيِمّةُ[3] أنّ النّبيّ ﷺ «قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ» وخَرَّجَ[١] التّرمذيّ[4]: «يَمِينٌ وشَاهِدٌ» وخَرَّجَ الدّارقطني[5] عن عليّ[6] أنّ رَجُلاً خَاصَمَ عبد الله في حَقٍّ[٢]، فَأَنْكَرَ الزُّبَيْر، فَسَأَلَ النَّبِيُّ عليه السّلام الزُّبَيْرَ البَيِّنَة عَلَى مَا ادَّعَاهُ، فَقَالَ لَهُ: عِنْدِي فِي ذَلِكَ سَمُرَة بْن جُنْدُب وَرَجُلٌ آخر، فَأَمَّا سَمُرَة فَلَمْ يَشْهَدْ، وَأَمَّا ذَلِكَ الرَّجُل الآخر فَشَهِدَ، فَحَلَّفَ النَّبِيُّ الزُّبَيْرَ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ.

الطّريقة الثّالثة: وهي مَعْنَوِيّةٌ

قال علماؤنا: قال النّبيُّ ﷺ: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهم، وَلَكِنِ الْبَيِّنَة عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[7] والحكمةُ في ذلك بَيِّنَةٌ، فإنّ قولَ المتداعيين قد تعارضا[٣] وتَسَاوَيَا، وليس قَبُول أحدِهما أَوْلَى من قَبُولِ الآخر، فشرعَ اللّهُ[٤] التَّرجيحَ، ولهذا قال علماؤنا: لا يكونُ الشّاهدُ واليمينُ إلاّ في الأموال وما جَرَى مجراها؛ لأنّ النّبيّ ﷺ إنّما قَضَى به فيها، ولم يَقْوَ[٥] القوّةَ الّتي تُراقُ بها الدّماءُ وتقامُ[٦] بها الحدودُ؛ فإنّ هذه معانٍ تسقُطُ بالشُّبهةِ، والشُّبهةُ بالشّاهدِ واليمين قائمةٌ، فاقْتُصِرَ بها على مَوْرِدِهَا وهي الأموال.

---

(١) في القبس: «قال».

(٢) في القبس: «أنّ الزبير خاصم رجلاً عند النّبيّ ﷺ في حقٍّ فأنكر الزبير...».

(٣) م، ف، جـ: «تراضيا» والمثبت من المقبس.

(٤) م، جـ: «إليه».

(٥) في القبس: «يفد».

(٦) م، ف، جـ: «وتقوم» والمثبت من القبس.

....

(1) هو الخطيب البغدادي، وانظر موارد الخطيب لأكرم ضياء العمري: 80.

(2) الحديث (1712) عن ابن عباس، بلفظ: «قضى بيمين وشاهد».

(3) كأبي داود (3610)، وابن ماجه (2368)، وأبي يعلى (6683)، وابن حبان (5073) وغيرهم.

(4) في جامعه (1343).

(5) في سننه: 4/ 212.

(6) وردت بالقبس جملة نرجّح أنها سقطت من النّسخ المعتمدة، وهي: «... عليّ وغيره بالشاهد مع يمين الطّالب، وَرُوِيَ بالشاهد مع يمين طالب الحق، وَرَوَوْا أنّ الزّبير خاصم...».

(7) أخرجه البخاري (2514)، ومسلم (1711) من حديث ابن عباس.

وقال أبو حنيفةَ[1]: لا يجوزُ القضاءُ باليمين مع الشّاهد.

ودليلُنا: حديث عمرو[١] بن دينار، عن ابنِ عبّاس؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ» خَرَّجه مسلم[2].

وقال أبو عبد الرحمن النَّسَوِيّ[3] فيه: «هذا إسنادٌ جَيِّدٌ».

فإن قيل: يحتملُ أن يكون إنّما حَكَمَ في ذلك بشهادة خُزَيْمَة الّذي جعل شهادته شهادة اثْنَيْن، ولذلك سُمِّيَ ذا[٢] الشّهادتين.

الجوابُ: أنّه يصحّ أنّ النّبيّ[٣] لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين، وهذا إذا ثبت حُكْم ذلك اختصّ بالنَّبِيّ كما اختصّ في أن يكون الحَكَم ويسمع البيِّنات فيما ادّعى عليه؛ لأنه إنّما شهد له بما سَمِعَ.

باب
القضاء في الدّعوى

الأصول[4]:

قال الإمام: قد تقدَّمَ من قولنا التّصدير[٤] بالأحاديثِ الواردةِ فيها؛ كقول النبيّ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[5]، وقال النبيُّ ﷺ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ[٥]»[6]،

---

(١) م، ف، ج: «محمد» والمثبت من النسائي.
(٢) ف: «يسمى ذو».
(٣) ﷺ.
(٤) م، ف، ج: «التّصديق» والمثبت من القبس.
(٥) م، ج: «يمينك أو شاهداك».

....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 333.
(2) الحديث (1711).
(3) في السنن الكبرى (6011).
(4) انظر كلامه في الأصول في القبس: 3/ 896.
(5) أخرجه من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه: الدارقطني: 3/ 111، والبيهقي: 8/ 123، كما روي من حديث أبي هريرة، وأبي موسى الأشعري في المصدرين السابقين، وانظر تلخيص الحبير: 4/ 39، ونصب الراية: 4/ 96.
(6) أخرجه البخاري (2670) من حديث الأشعث بن قيس، وأخرجه أيضًا مسلم (138) من حديث ابن مسعود.

وروى مسلمٌ في «صحيحه»[1]: «الْيَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ»، وفي لفظٍ آخر[2]: «عَلَى مَا يُصَدِّقُكَ فِيهِ صَاحِبُكَ».

فأمّا البيّنة، فهي لإثبات الحقِّ، وأمّا اليمينُ، فهي لرَفْعِ التُّهمةِ، حَسَبَ ما بيّنّاه في البيوع، وَوَفَّى القاعدةَ مالكٌ ـ رحمه الله ـ، وحقَّقَ النَّظَرَ فيها دون سائرِ العلماءِ، فقال: إنّ اليمينَ لا تتوجَّهُ بمجرّدِ الدَّعْوَى حتّى تَقْتَرِنَ بها شُبهةٌ، وذلك مُسْتَمَدٌّ من قاعدةِ صِيَانَةِ العِرْضِ؛ *لأنَّ الرَّجُلَ يدَّعي على الرّجُلِ لِيُلَوِّثَهُ باليمين، وصيانَةُ العرض*[١] على[٢] الحقيقةِ، والتُّهمةِ وَاجِبَةٌ كما هي في الدَّمِ والمال.

الفقه في مسائل:

المسألة الأُولى[3]:

قوله[4]: «إِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ» هذا مذهب عمر بن عبد العزيز والفقهاء السَّبعة، وبه قال مالك[5].

وقال أبو حنيفة[6][٣] والشّافعيّ[7]: يستحلف الْمُدَّعَى عليه[٤] من غير إثبات خلْطَة.

ودليلُنا: أنّ مجرّدَ الدَّعْوَى لا يُثْبِتُ حكمًا إلاّ لضرورة، والاستحلاف[٥] مضرّة تلحقه[8]، فلا يجوز أن يُؤْذَى باليمينِ[٦] بمجرّدِ دَعْوَى المدَّعِي[٧]، إلاّ أن يكون من

(١) ما بين النجمتين ساقط من النسخ بسبب انتقال ناسخ الأصل، واستدركنا النقص من القبس.
(٢) م، ف، ج: «عن» والمثبت من القبس.
(٣) م، ف، ج: «مالك» والمثبت من المنتقى.
(٤) م، ف، ج: «. . . والشافعي: يحلف» والمثبت من المنتقى.
(٥) م، ف، ج: «واستجلاب» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.
(٦) م، ف، ج: «أن يكون اليمين».
(٧) في المنتقى: «بمجرد الدعوى عليه».

....

(1) الحديث (1653) برقم فرعيّ (21) عن أبي هريرة.
(2) الحديث (1653) برقم فرعيّ (20) عن أبي هريرة.
(3) هذه المسألة بما تحتوي من فروع وفصول مقتبسة من المنتقى: 5/ 224 ـ 226.
(4) أي قول مالك في الموطأ (2124) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2924)، وسويد (286).
(5) قال في الموطأ (2125) رواية يحيى: «وعلى ذلك الأمرُ عندنا».
(6) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 378، والمبسوط: 17/ 30.
(7) انظر الحاوي الكبير: 17/ 68.
(8) أي تلحق المدّعى عليه.

الأمور الّتي تقع كثيرًا من غير مخالطةٍ، ولذلك تأثيرٌ في الشّرع، ولذلك تُقْبَل شهادةُ الصّبيان في القتل، لمّا كان يتعذّر إثبات ذلك بشهادةِ العُدُولِ، وفي هذا ثلاثة فصول: الفصلُ الأوّل: في الدّعاوى الّتي تعتبر فيها الخلطة، والثاني: في تفسير *معنى الخلطة، والثّالث: فيما تثبت به الخلطة.

الفصل الأوّل
في الدّعاوى التي تعتبر فيها الخُلْطَة*[١]

ما تُعتبر فيه فهو المداينة وادّعاء دَيْنٍ من مُعَاوَضَةٍ، وفي «الموّازية»: وكذلك إنِ ادّعَى عليه كفالة بحقّ، فلا يلزمه، ويحلّفه[٢] إن لم يكن بينهما خلطة.

ووجهه: أنّ الكفالةَ نوعٌ من المُعَاوَضَة، مبنيٌّ على المشاحّة[٣] بين الكفيلِ ومَن تَكَفَّلَ له، فأَشْبَهَ البيع.

ويندرجُ في هذا الفصل فروعٌ كثيرةٌ، منها: أنّ من أَوْصَى أنّ لي عند فلان كذا، حلف[1] من غير إثبات خُلطة، رواه في «العُتبيّة» أَشهَب[2] وابن نافع[3] عن مالك، وقاله ابن كنانة، وقال: إنّ الميّت[٤] أقرب ما يكون إلى الصّدق عند موته[4].

فرع آخر:

ومن ادَّعَى ثوبًا بيدِ إنسانٍ أنّه له، فاليمينُ على المدَّعى عليه؛ لأنّه ليس كلّ[٥] من له ثوب أو عَرْض يمكنه إثباته بالبيِّنَة، ولو احتِيجَ إلى ذلك لتعذَّرَ حفظ الشُّهود له

---

(١) ما بين النجمتين سقط بسبب انتقال نظر ناسخ الأصل، وقد استدركناه من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «... بحق، فلا يحلفه»، وفي المنتقى: «... بحق فلا يلزمه ويلحقه» ولعلّ الصّواب ما أثبتنا.

(٣) م: «التّشاجر»، ف، ج: «السّاجر» والمثبت من المنتقى.

(٤) م، ف، ج: «وقال ابن المسيّب» والمثبت من المنتقى.

(٥) «كلّ» زيادة من المنتقى.

....

(1) أي حلف المدعي عليه.

(2) 10/ 113 في سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.

(3) 9/ 449 في سماع أشهب وابن نافع عن مالك.

(4) تتمّة الكلام كما في المنتقى: «فيوجب من ذلك ما توجبه المخالطة».

وضبطهم لذلك، فيؤدِّي ذلك إلى إبطال الحقوق، فلذلك يثبت فيه اليمين بغير خُلْطَةٍ.

فرع آخر:

والصُّنَّاعُ يتعيَّن عليهم اليمين لمن ادَّعَى عليهم في صناعتهم دون إثبات خلطة، قاله يحيى بن عمر، وقال: لأنّهم نصبوا أنفسهم للناس، وكذلك التّجار، غير أنّ الفرق بينهما أنّ الصُّنَّاعَ نصبوا أنفسهم لما يُوجِبُ عليهم المطالبة بالعمل والمعمول خاصّة، دون أن يكون لهم على أحدٍ مطالبة بمثل ذلك.

قال علماؤنا[1]: وإنّما تجبُ اليمينُ في الدَّعَاوى مع تحقيقها وتحقيق الإنكار، ولو قال: أظنُّ أنَّ لي عليك حقًّا أو كذا، لم يلزمه يمين، وكذلك من قال: أظنُّ أنّي قضيتُك حقَّك، لزمه أداؤه، ولا يمين على الطّالب حتّى يحقّق يمينه، قاله في «**الموازية**».

فرع آخر:

فإذا لم تكن خلطة، إلاّ أنّ المدَّعَى عليه مُتَّهَمٌ، فهل يجب عليه يمين بمجرَّد الدَّعوَى؟ قال سحنون: يُحَلَّفُ، والمشهور من المذهب المنع من ذلك، واحتج بأنّ للتُّهمةِ تأثيرًا في الأحكام؛ لأنّ مالكًا قال في امرأةٍ ادَّعتْ أنّ رجلاً ممَّن يُشارُ إليه بالخَيْر استكرهها أنّها تُحَدُّ، وإن كان لا يُشارُ إليه بذلك نَظَرَ الإمامُ فيه، فالتُّهمةُ تُوجِبُ ما تُوجِب الخلْطَة.

قال الإمام: ووجه القول الثّاني: أنّ حُكْمَ العدلِ والفاجرِ في الأَيْمَانِ الّتي تتحقَّقُ فيها الدّعاوى سواء، وإنّما يختلفان في يمين التّهمة[١]، واللَّهُ أعلمُ.

الفصل الثّاني
في تفسير معنَى الخُلْطَة

أمّا الخُلْطَةُ، فروى أَصْبَغُ عن ابنِ القاسم في «**العُتْبِيَّة**»[2] قال[٢]: «هي أن يُسالِفَهُ

(١) ف: زيادة «فقيل ترد وقيل لا ترد». (٢) «قال» زيادة من المنتقى.

....

(1) المقصود هو الإمام الباجي.

(2) 9/ 288 في سماع أصبغ من ابن القاسم، من كتاب القضاء المحض.

فيبيعُه[١] ويشتري منه» وكذلك قال سحنون[1]: ولا تكون الخُلْطَةُ إلاّ بالبيع والشّراء[2]، ولا تثبتُ بينهما الخُلْطَة بكونهما في السُّوق[3]، ولا الاجتماع في المسجد للصّلاة والأُنس والحديث[٢][5].

الفصل الثّالث

وأمّا ما تثبت به الخُلْطَة، فإقرارُ المدَّعى عليه بها، أو ببينة[٣] تَشْهَدُ بها، قاله محمّد.

وأمّا من أقام شاهدًا بالخُلْطَة؟ ففي «المجموعة» عن ابن كنانة: أنّ شهادة رجل وامرأة تُوجِبُ اليمينَ أنّه خليطه[4]. ورُوِيَ عن ابنِ القاسم[5] في «المدنيّة» مثله في الشّاهد.

وقال محمّد: إذا أقام بها شاهدًا، حَلَفَ المدَّعي معه وتثبت الخُلْطَة، ثمّ يَحْلِفُ حينئذٍ المدَّعَى عليه.

باب
ما جاءَ في الحِنثِ على مِنبَرِ النّبيّ ﷺ

قال الإمام: الأحاديثُ في ذلك كثيرة:

الأوّل: ثبت في الصّحيح أنّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ، حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ، وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ»[6].

---

(١) م، ف، جـ: «أو يبايعه»، المنتقى: «مبايعة» والمثبت من العتبيّة.

(٢) م، ف، جـ: «للحديث» والمثبت من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «والبيّنة».

....

(1) في العتبية: 9/ 288.

(2) من المتداعيين.

(3) أي من أهل السُّوق، حتّى يثبت التّبايع بينهما.

(4) ووجه ذلك: أنّ التّداعي من جهة البيع، فيجب أن تثبت بينهما خلطة بسبب البيع.

(5) الرّاوي عن ابن القاسم هو عيسى، كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.

(6) أخرجه مالك في الموطّأ (2129) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2929)، وسويد (288)، وابن القاسم (195)، والقعنبي عند الجوهري (627)، والشافعي في السنن: 392، والطباع عند أحمد: 5/ 260، وابن عبد الحكم عند الطبراني في الكبير (797)، وابن بكير عند البيهقي: 10/ 179.

وصحّ في الخَبَرِ؛ أنّ الكبائر: الإشراكُ باللَّهِ واليمينُ الغَمُوسُ[1].

وقال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي» الحديث[2].

و «الغَمُوسُ» هي الّتي تغمسُ صاحبها في النّار.

قالوا[3]: «وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللهِ؟ قَالَ: وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ. قَالَهَا ثَلاثًا».

الأصول[4]:

قال الإمام: اختلفَ علماؤنا المتكلّمون في هذا النّوع على قولين:

1 ـ أحدهما: أنّ الوعيدَ ليس من بابِ الخَبَرِ، فلا يقال لمن رجع عنه كاذب؛ ولذلك قال الشّاعر[5]:

وَإِنِّـي وَإِنْ أَوْعَـدْتُـهُ أَوْ وَعَـدْتُـهُ ... لَمُخْلِفُ إِيعَادِي ومُنْجِزُ مَوْعِدِي

فمدح نفسَهُ بإخلاف[(١)] الوعيد، ولو كان ذلك كذبًا لَمَا مدَحَ به نفسه، فعلى هذا، الوعيدُ متوجِّه إلى كلِّ عاصٍ.

2 ـ وقيل: إنّه من باب الخبر وإنّ الخُلْفَ فيه ضربٌ من الكَذِبِ، وذلك مُحَالٌ في صفة الباريء تعالى، فهذا[(٢)] الوعيدُ متوجِّهٌ إلى كلِّ من عرف[(٣)] الباريء تعالى أنّه لا يغفر له، دون من أراد العفوَ عنه، وقد قال تعالى: ﴿فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ﴾[6]، وقال: ﴿كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا

---

(١) م، ف، ج: «باختلاف» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «فعلى هذا».

(٣) في المنتقى: «علم».

....

(1) أخرجه البخاري (6675) من حديث عبد الله بن عمرو.

(2) أخرجه مالك في الموطأ ((2128) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2928)، وسويد (288)، وابن القاسم (484)، والقعنبي عند الجوهري (736)، والشافعي في مسنده: 153، وسننه: 391، والطباع عند أحمد: 3/ 344، وابن وهب عند الحاكم: 4/ 296، وابن بكير عند البيهقي: 7/ 398.

(3) في حديث الموطأ السابق ذكره (2129) رواية يحيى.

(4) كلامه في الأصول مقتبس من المنتقى: 5/ 232 ـ 233.

(5) هو عامر بن طُفَيل، والبيتُ في ديوانه: 58 رواية أبي بكر محمد بن القاسم الأنباري عن ثعلب.

(6) هود: 65.

نَبِيًّا﴾(1) فوصفَ الوعدَ بالصِّدق والكذب.

تحقيق:

واعلم أنّ النّاس في هذا الباب طوائف:

الأولى: الوَعِيدِيَّةُ، فإنّها تعلّقت بظواهرِ الآياتِ والآثارِ، وهذا هو الّذي دَعَا سالِفَةَ علمائنا المتكلّمينَ - رحمة الله عليهم - إلى إنكارِ العموم(١)، وقد بيَّنَّا القولَ بصِحَّتِه، وأنّه لا يُحتاجُ إليه معهم؛ فإنّ الحقَّ ظاهرٌ والأدلّة بيّنَةٌ، وحَمَلَ التّقصيرُ كثيرًا من علمائنا على أن يقولوا: إنَّ الله لا يُنفِذُ وَعِيدَه، فإنّ تَرْكَ إنفَاذِ الوعيدِ من مكارمِ الأخلاقِ. وقد بيّنّا أنّ ذلك يُتَصَوَّرُ في المخلوقِ الّذي يجوزُ له الكَذِبُ بعُذْرٍ(٢)، ويُتَصَوَّرُ منه على الإطلاق، فأمّا الصّادِقُ الوّاجِبُ الصِّدْقِ(٣)، فلا يجوزُ أن يقعَ مُخْبَرُهُ بخلافِ خَبَرِه، ويتعالى الله عن الأخلاقِ الذّميمةِ، وإنّما له الصِّفاتُ العَلِيَّةُ؛ ولكن وإن جاءتِ(٤) الأخبارُ بإطلاقِ القولِ في الوَعِيد، فقد(٥) جاءت أُخَرُ بإطلاقِ القولِ في الوَعْدِ، كقول النّبيِّ عليه السلام: «مَنْ كَانَ آخِرُ كَلاَمِهِ لاَ إِلَهَ إِلاَّ الله، حَرَّمَهُ اللَّهُ عَلَى النَّارِ» وبهذا تعلّقتِ المُرْجِئَةُ. وكقوله: «إِنَّ بَغِيًّا مِنْ بَغَايَا بَنِي إِسْرَائِيلَ مَرَّتْ بِكَلْبٍ يَأْكُلُ الثَّرَى مِنْ شِدَّةِ العَطَشِ، فَنَزَعَتْ مُوقَهَا(2) فَسَقَتْهُ مِنْ رَكِيَّةٍ(3)، فَغَفَرَ اللهُ لَهَا».

وهٰهنا(4) نكتةٌ، وهي: أنّ الباريءَ تعالى رحيمٌ شديدُ العقابِ، فلا بدّ أن يأخُذَ كلُّ حُكْمٍ من أحكامِ الصِّفتين جُزْءًا من الخَلْقِ تتحقَّقُ(٦) فيه الصِّفةُ، وكذلك هو غفورٌ منتقِمٌ(5)، وتحقيقُ ذلك هو الشّفاعةُ. فمَنْ نظرَ إلى صفةٍ من صفاتِ الباريءِ وآمنَ بها، وتركَ البَوَاقِي، لا يكون مؤمنًا بالله، وكذلك من نَظَرَ إلى أخبارِ الوَعْدِ دون الوَعِيدِ، أو

---

(١) م، ف، ج: «الانكار بالعموم» والمثبت من القبس.
(٢) م، ف، ج: «بعد» والمثبت من القبس.
(٣) م، ف، ج: «الصدق الواجب» والمثبت من القبس.
(٤) م، ف، ج: «... العليه، فقد جاءت» والمثبت من القبس.
(٥) «فقد» زيادة من القبس.
(٦) م، ف، ج: «ليتحقق» والمثبت من القبس.

....

(1) مريم: 54، وانظر التحقيق التالي في القبس: 3/ 898.
(2) أي خُفها.
(3) أي من بئر.
(4) من هنا إلى قوله: «وانشدني بعض الأصحاب» ورد بالقبس: 3/ 898 - 899.
(5) تتمة الكلام كما هو في القبس: «فلابدّ أن يكون للمغفرة جزء معلوم من الخلق وللانتقام جزء معلوم...».

أخبارِ الوَعِيد دون الوَعْدِ، لا يكون عارفًا بحُكْمِ الله، وإنّما ينبغي لك أن تعرضَ بعضها على بعضٍ، وتَرُدَّ البِنْتُ[١] منها إلى الأُمِّ، وبالجملة فآخر الحَالِ أنّ إثباتَ الشّفاعةِ لمحمّد ﷺ فيها تحقيقُ الوَعْدِ والوَعِيدِ، وأنّ المُرْجِئَةَ لا تَرَى لمحمَّدٍ ﷺ شفاعةً؛ لأنّ لا إله إلاّ الله تُغْنِي عندهم[٢]، ولا يَرَوْنَ النّار على مذهبهم، والخوارجُ والقَدَرِيَّةُ لا تراها أيضًا؛ لأنّ الخلودَ عندهما[٣] يَمْنَعُ منها، والحمدُ لله الّذي وَفَّقَ عِصَابة الحقّ للإقرارِ بها وبحقّ الله والعِلْمِ بصفاتِ الله، والاعترافِ بمنزلة نَبِيِّ الله، فالله تعالى غفورٌ رحيمٌ، شديدُ العقابِ.

وأنشدني بعض الأصحاب[٤][1]:

أَصْبَحْتُ قَدْ شَفَّ قَلْبِي	خَوْفٌ عَلَيْهِ مُقِيمُ
خَوْفٌ تَمَكَّنَ مِنْهُ[٥]	فَالقَلْبُ مِنّي سَقِيمُ
لَوْلاَ رَجَائِي بِوَعْدٍ	وَعَدْتَهُ يَا كَرِيمُ
فِي سورة الحِجْرِ نصًّا	لأذهَلَتْنِي[٦] الغُمُومُ
عَلَى لِسَانِ نَبِيٍّ	قَلْبِي إليهِ يَهِيمُ[٧]
نَبِّىءْ عِبَادِي أَنّي	أَنَا الغَفُورُ الرَّحِيمُ[2]
كذاك أَنْتَ إِلَهِي	أَنْتَ الغَفُورُ الرَّحِيمُ
فَقَدْ وَثِقْتُ بِهَذا	والقَلْبُ مِنّي سَقِيمُ[٨]
من آية أذهلتني	فِيهَا وَعِيدٌ جَسِيمُ
هِيَ الَّتِي قُلْتَ فِيهَا	والقولُ مِنْكَ حَكِيمُ
ألا وَإِنَّ عَذَابِي	هُوَ العَذَابُ الأَلِيمُ[3]

(١) م، ف، ج: «الغير» والمثبت من القبس.
(٢) م، ف، ج: «عنهم»، وفي القبس: «عنها» وهي سديدة.
(٣) م، ف، ج: «عندها» والمثبت من القبس.
(٤) ف: «... الأصحاب شعر».
(٥) في البغية: «مني»
(٦) في البغية: «القابلتني».
(٧) في البغية: «قلبي لديه عليم».
(٨) في البغية: «كليم».

(1) روى هذه الأشعار ابن العديم في بغية الطلب في تاريخ حلب: 10/ 4749 ونسبها إلى المناسكيّ.
(2) إشارة إلى الآية: 49 من سورة الحجر.
(3) إشارة إلى الآية الكريمة رقم 50 من سورة الحجر. وزادَ صاحب البغية:

«فالقلب بين رجاء وبين خوف يَعُومُ»

نكتة بديعة[1]:

قال الإمام: وقولُه في **الحديث الثّاني**[2]: «حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ، وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ» هو عمومٌ عَارَضَهُ قولُه: «مَنْ كَانَ آخِرَ كَلاَمِهِ لاَ إِلَهَ إِلاّ الله حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ النَّارَ»[3] فيتقابلَ الخبرانِ، فوجبَ الرُّجوعُ إلى الآية المُحْكَمَة، قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ﴾ الآية[4]، فهي أمّ الوعيد والوعد، *وإلى هذا المعنى أشارَ بعضُ النّاسِ في*(١) قولِهِ في هذا الحديث ونظائره، معناه: حرَّم اللّهُ عليه النّارَ في وَقْتٍ دون وَقْتٍ. وَفَرَّ بعضُ علمائنا إلى أن قال: إنّ معنَى ذلك: إذا كان مُسْتَحِلاً، فَرَدَّهُ إلى الكُفرِ، وهذا رُجوعٌ منهم إلى قول المبتدعة من حيث لم يشْعُرُوا، على ما بيّنّاه في موضعه، وإسقاطٌ لأحكام المُذْنِبين، وإخراجٌ لهم عن القرآن والسُّنَّة، وذلك باطلٌ قطعًا.

الفقه في مسائل:

المسألة الأُولى[5]:

قوله[6]: «وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ» يدلُّ على أنّه لا يلزم اليمين على المِنْبَر فيه[7] لِقِلَّتِهِ، وإنّما يجب ذلك فيما له قيمة، لكنّه إن وقع من أحدٍ اليمين على مِنْبَرِ النّبي ﷺ في قضيبٍ من أَرَاكٍ أو شيءٍ تافِهٍ فهذا حُكْمُه. وليس في الحديث أنّه يُجْبَر على اليمين عند المِنْبَر في هذا المقدار، وإنّما تضمَّنَ الحديث حُكْم من حلَفَ عنده آثمًا، والله أعلمُ.

---

(١) ما بين النجمتين ساقط من النسخ المعتمدة، واستدركناه من القبس.

....

(1) انظر هذه النكتة البديعة في القبس: 3/ 899.

(2) الذي رواه مالك (2129) رواية يحيى.

(3) أخرجه الطّبراني في المعجم الأوسط (574) من حديث عليّ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: 2/ 323 «فيه أبو هلال الأشعري ضعّفه الدارقطني».

(4) النساء: 48.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 232.

(6) في حديث الموطأ (2129) رواية يحيى.

(7) أي في قضيبٍ من أراك.

جامع ما جاء في اليمين على المِنبرِ

ذكر أبو[١] غَطَفَان بن طَرِيفٍ المُرِيّ قال: اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَابْنُ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا، إِلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زَيْدٍ بِالْيَمِينِ عَلَى الْمِنْبَرِ. فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: أَحْلِفُ لَهُ مَكَانِي. فَقَالَ لَهُ مَرْوَانُ: لاَ وَاللهِ إِلاَّ عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ... الحديث[1]، وهو صحيحٌ.

الأصول:

قال الإمام: اعلموا ـ وفقكم الله ـ أنّ الآثام في الآخرة تتضاعَفُ بتضاعُفِ الحُرُمَاتِ في الدُّنيا، وتتعدَّدُ بتعدُّدِها[٢]، بخلافِ أحكام الدُّنيا، فإنّ الحُرُماتِ لا تتضاعَفُ بتضاعُفِ الأسبابِ، ولا تتعدَّدُ بتعدُّدِهَا[2]، كالحائضِ المُحْرِمَةِ الصّائمةِ، فالكذبُ حرامٌ كبيرةٌ، فإنِ اتَّصلَت بذِكْرِ الله عَظُمَتْ، فإن اتَّصلت بقَطْعِ حقِّ امرىءٍ مُسْلِمٍ تضاعفت، فإن كانت بعد العصر زادَتْ، فإن كانت على مِنْبَرِ النّبيّ ﷺ ـ وهو رَوْضَةٌ من رياضِ الجنّةِ ـ لم يَأْمَنْ أن يكونَ ذلك قطعًا إلى حقّه منها[٣]، ويقالُ له: إنّك لا تَدْخُلُ موضعًا عَصَيْتَ فيه. وآياتُ الوعيدِ وأخبارُه كثيرةٌ، وهي بإجماعٍ من الأُمّةِ من المُتشابِهِ الّذي نَبَّه الله عليه في قوله: ﴿وَأُخَرُ مُتَشَٰبِهَٰتٌ﴾[2] الّذي لا يَتَّبِعُهُ إلاّ زائغُ القلبِ.

وفيه للعلماءِ ثلاثةُ مذاهبَ:

1 ـ طائفةٌ حقَّقَتْهَا أوّلاً وهم الخَوارجُ، ونَسَجَت على منوالها القَدَرِيَّةُ.

2 ـ وطائفة أسْقَطَتْهَا وهم المُرْجِئَةُ، قالت: كما لا ينفَعُ مع الشِّركِ عَمَلٌ، كذلك لا يَضُرُّ مع الإسلامِ ذَنْبٌ ولا سَيِّئَةٌ[٤].

3 ـ وطائفة توقَّفت، وقالت: أمرُ ذلك إلى الله تعالى، إن شاءَ غَفَرَ، وإن شاءَ أَخَذَ، كما تقدّم بيانُه.

---

(١) «أبو» زيادة من الموطأ.

(٢) م، ف، جـ: «تتعذر بتعذرها» ولعلّ الصواب ما أثبتناه.

(٣) في القبس: «قطعاً لحظّه».

(٤) م، جـ: «تشبيه» ف: «سببه» ولعل الصواب ما أثبتناه.

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2130) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2930)، وسويد (289)، ومحمد بن الحسن (847).

(2) آل عمران: 7.

الفقه في سبع مسائل:

المسألة الأُولى[1]:

قضاءُ مروان على زَيْد بن ثابِت باليمين على المِنبَرِ هو مذهبُ أهلِ المدينةِ، ولم يكن زيدٌ يقولُ: إنّه لا يلزمه، وإنّما كان يمتنع منه إعْظَامًا له.

وقد رُوي عن ابنِ عمر؛ أنّه كان يكره ذلك، ويقولُ: أخْشَى أن يُوَافِقَ قَدَرًا، فيقال: إنّ ذلك ليمينُه[2].

المسألة الثانية[3]:

قال علماؤنا[4]: حديثُ النّبيّ ﷺ يدلُّ على أنّ اليمينَ على مِنبَرِ النّبيّ ﷺ واجبةٌ، وأنّ الّذي قضَى به مروان هو الصّواب، وليس في إبَاءَةِ زيد عن اليمين على المِنبَر ما يمنعُ مِن ذلك؛ لأنّ زيدًا لو قطع أنّ ذلك لا يلزمه، لردَّ ذلك على مروان ولأنكر عليه قولَهُ وقضاءَهُ؛ لأنّ[5] زيدًا كان من أَحَدِ الثّلاثة الّذين كانوا يفتون النّاس.

المسألة الثّالثة[6]:

قولُه: «عَلَى الْمِنْبَرِ» قال علماؤنا[7]: يريدُ عند المِنبَرِ؛ لأنّ حروفَ الخَفْضِ يُبدلُ بعضها من بعضٍ، ولا يصعدُ أَحَدٌ على المِنبَر لليمين *بوجهٍ ولا على حالٍ، ويُحلف بمكّة عند الرُّكن، ذكر ذلك ابن القرطي*[8] والّذي رأى مالك وأصحابه أنّ اليمينَ على المِنبَرِ إنّما تجبُ في رُبُع دينارٍ فصاعدًا. وقد أوجب قومٌ اليمينَ عند المِنبَر في القليل والكثير، واحتجُّوا بظاهر قوله عليه السّلام: «وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ» ولا حُجَّةَ لهم في ذلك؛ لأنّ النّبيَّ ﷺ إنّما أراد بهذا التّقليل في الوعيد والتّخويف، ولم يُرِدْ أنّ اليمينَ تجبُ على المِنبَرِ في قضيبٍ من أَرَاكٍ[9]، وإنما يجبُ اليمينُ عند المِنبَرِ فيما له

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 233.
(2) أورده البوني في تفسير الموطأ: 101/أ.
(3) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/أ.
(4) المراد هو أبو عبد الملك البونيّ.
(5) الكلام التّالي من زيادات المؤلِّف على نصّ البونيّ.
(6) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/أ.
(7) المراد هو الإمام البونيّ.
(8) ما بين النّجمتين غير وارد في تفسير البوني.
(9) تتمة الكلام كما في تفسير الموطأ: «وذلك مثل قوله ﷺ في الأَمَةِ الزانية: بيعوها ولو بضفيرٍ، =

بالٌ[1]، والله أعلم.

المسألة الرّابعة[2]:

اختلفَ العلماءُ في كيفية اليمين، وفي موضعها، فقال الشّافعيُّ: تُغَلَّظُ اليمينُ بالألفاظِ العشرة[3].

وقال بعض علمائنا: تُغَلَّظُ باللهِ الّذي لا إله إلاّ هو عالم الغيب والشّهادة، هو الرّحمن الرّحيم.

قال الإمام أبو بكر بن العربي: أمّا قولُ[١] أصحابِ الشّافعيّ في الألفاظ العشرة، فَدَعْوَى عريضة؛ لأنّ منها ما ليس في أسمائه الحُسْنَى، وهي[٢] قوله: «الطّالب» «الغالب»[٣] ونحوه. وإذا كان الحلفُ بأسمائه الحسنَى، فما معنَى عشرة دون تسعة وتسعين!، هذا تَحَكُّمٌ[٤]. وأمّا من زَاد من أصحابنا: الّذي[٥] لا إله إلاّ هو، فله وجهٌ، لقول النّبيّ ﷺ في الحديث الصّحيح: «يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ، وَاللهِ الَّذِي لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ لَتَعْلَمُونَ[٦] أَنّي رَسُولُ اللَّهِ»[4].

وأمّا الصّحيح من المذهب؛ فقوله «بِاللَّهِ» خاصّة، لقوله تعالى: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾

---

(١) «قول» زيادة من القبس.

(٢) م، القبس: «وهو».

(٣) «الغالب» ساقطة من القبس.

(٤) م: «الحكم»، ف: «حكم».

(٥) م، ف، ج: «في الذي» والمثبت من القبس.

(٦) م، ف، ج: «لتعلمن» والمثبت من البخاري والقبس.

....

= إنّما ذلك منه ﷺ ندبٌ إلى إخراجها من ملكه، ولم يُرِدْ أن يبيعها بضفير».

(1) تتمة الكلام كما في تفسير الموطأ: «لأن ذلك الموضع أعظم في النّفوس [في الأصل نفوس] من غيره، مُخَوِّفًا بذلك رجاء أن يهاب اليمين فيه. وكذلك يجب على أهل كلّ ملكٍ في الموضع الذي يعظّمونه، مثل الجوامع وغيرها. وأبو حنيفة وأصحابُه لا يوجبون ذلك، ويقولون: حيث ما حلفَ أجزأهُ. وفيما ذكرنا من حديث النبيّ صلى الله عليه الحجّة عليهم».

(2) انظرها في القبس: 3/ 899 - 900.

(3) انظر الحاوي الكبير: 17/ 112.

(4) أخرجه البخاري (3911) من حديث أنس.

الآية[1]، وقولِهِ: ﴿بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[2] ولقول النّبيّ ﷺ: «مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ»[3]، وكقوله(١): «إي واللَّهِ»[4] و«إني والله إنْ شَاءَ الله(٢)»[5] وأمّا تأكيد اليمين في يمينه[6] في موضع، وقوله في آخَر: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ»[7] فإنّما هو ليتعلّم الخَلْق التّصرُّف(٣) في ذلك بذكر الله بجميع صفاته العُلَى وأسمائه الحُسْنَى.

المسألة الخامسة:

وأمّا موضعها حيث تجب، فإنّ علماءنا قالوا: موضعُها حيثُ تَجِبُ في القليل والكثير وهو المسجد[8].

[9]ويمينُ الحرّ والعبد والنّصراني في الحقوق سواء، وقال ابنُ القاسم: والمجوسُ يحلفون باللَّهِ.

المسألة السّادسة[10]:

وأمّا التّغليظ بالمكان فهو الجامع، قاله مالك في «المدوّنة»[11] وغيرها.

وهل يكون تغليظًا في سائر المساجد أم لا؟ ففي «النّوادر»[12] أنّه لا يحلف في مساجد القبائل في قليلٍ ولا كثير. وروى عنه سحنون أنّه يحلف في مساجد الجماعات

---

(١) ج، القبس: «ولقوله».

(٢) م، ف، ج: «إن شاء الله» والمثبت من القبس (ط. الأزهري: 3/ 407).

(٣) م، ج: «التقرب».

....

(1) المائدة: 106.

(2) النور: 6.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (1382) رواية يحيى.

(4) أخرجه الترمذي ضمن حديث طويل (311) عن عبادة بن الصامت.

(5) أخرجه البخاري (3133)، ومسلم (1649) من حديث أبي موسى الأشعريّ.

(6) أي يمينه ﷺ.

(7) أخرجه البخاري (3121) من حديث جابر بن سَمُرَة.

(8) الّذي في القبس: 3/ 900 «وأمّا موضعُها، فقال الشافعيّ: حيث تجب، وقال علماؤنا: موضعها في السير حيث وجبت، وموضعها في الكثير موضع التّعظيم وهو المسجد».

(9) من هنا إلى آخر المسألة مقتبسٌ من المنتقى: 5/ 233 ـ 234.

(10) هذه المسألة مقتبسة مع التصرُّف من المنتقى: 5/ 234 ـ 235.

(11) 4/ 103 في استحلاف المدّعَى عليه، وفي كتاب الأقضية: 4/ 71.

(12) 8/ 155.

بالأمصار، والأحسن أن يحلف في المسجد الجامع[1]، وهو أقوى في النظر للتغليظ.

وأمّا النّصارَى فيحلفون في كنائسهم[2]، واليهود في بِيَعِهِم، والمجوس حيث يعظمون، رواه في «**الواضحة**»[3] ولا يزيدون على «بالله» شيئًا[4]، ولا يقولون: لا والّذي أنزل التّوراة على موسى، ولا والذي أنزل الإنجيل على عيسى[5].

المسألة السّابعة[6]:

قال علماؤنا: تُغَلَّظُ بالزّمان في غَلِيظِ الأحكام[١]، بعد العصر أو بأثر صلاة، كاللِّعان، فيقصد به[٢] بعد الصّلوات وأعظمُها صلاة العصر. وقد اختلف في صحيح الحديث في الصّلاة الّتي نهَى النبي عليه السّلام على المتلاعنين باليمين بعدها، هل هي الظهر أو العصر؟ وأصحّ الرّوايتين سَنَدًا أنّها العصر[7]، وهي أقوى نظرًا؛ لأنّ ذلك الوقت بعد العصر أعظم من[٣] الوقت بعد الظُّهرِ؛ لأنّه وقتٌ تجتمع فيه الملائكة المتعاقبة باللّيل والنّهار، الذين يكتبون أعمالَ العبادِ، فإنْ كتبتها ملائكة النّهار كانت خاتمة صحيفته كبيرة، وإنْ كتبتها ملائكة اللّيل كان افتتاح صحيفته كبيرة، وإن كتباها[٤] معًا كان ختام الأولى وافتتاح الأولى شيئًا عظيمًا وما بعده أعظم منه، إلاّ إن عفا الله.

---

(١) م، ف، ج: «في غلظ الوقت» والمثبت من القبس.

(٢) «به» زيادة من القبس.

(٣) م، ف، ج: «منه من» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف، ج: «كتبتها» والمثبت من القبس.

....

(1) الظّاهر أنّه قد اضطرب النقل هاهنا، ونرى من المستحسن إيراد كلام الباجي كما هو في المنتقى: «وروى ابن سحنون عن مالك: ما علمت أنه يحلفُ في مساجد الجماعات بالأمصار [في الأصل كالأمصار]، روى عنه ابن القاسم في «كتاب ابن الموّاز»، يحلف في مساجد الجماعة فيما له بال، ولا أشكّ أنّه يحلف فيها في ربع دينار. قال القاضي أبو الوليد - رضي الله عنه -: فيحتمل عندي أن يريد المسجد الجامع».

(2) قاله مالك في المدونة: 4/ 104 في استحلاف اليهود والنصارى والمجوس.

(3) الذي في المنتقى: «رواه ابن القاسم عن مالك، وقاله مطرّف وابن الماجشون في الواضحة».

(4) قاله مالك في المدونة: 4/ 104.

(5) قاله مالك في المصدر السابق.

(6) انظرها في القبس: 3/ 900 - 901.

(7) أخرجه الروياني في مسنده: 2/ 222، والبيهقي: 7/ 398 من حديث ابن شهاب أو غيره وذكر ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 230 أن ابن وهب رواه في موطئه.

كتاب الرهون

وفيه خمسةُ أبوابٍ:

الباب الأوّل
ما لا يجوز من غلق الرّهن

مالك[1]، عن الزُّهريّ[١] عن ابن المُسَيَّب؛ أنّ رسولَ الله ﷺ قال: «لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ» الحديث.

الإسناد:

قال الإمام: الحديثُ مُرْسَلٌ من مراسيل ابنِ المُسَيَّب[2]، وقد يُسْنَد من طُرقٍ كثيرة[3].

العربيّة:

قال الإمام أبو بكر بن العربي: يقال: غَلِقَ الرَّهْنُ بكسر العين في الماضي، وفتحها في المستقبل.

---

(١) م، ف، جـ: «مالك عن الدّاودي عن الزّهري» والمثبت من الموطّأ.

....

(1) في الموطأ (2132) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2957)، وسويد (297)، ومحمد بن الحسن (848)، وابن مهدي عند أبي عبيد في غريب الحديث: 1/ 114 [وسند الحديث أثبته المحقق في الهامش]، وابن وهب في شرح معاني الآثار: 4/ 100، وأحمد بن إبراهيم بن أبي سُكَيْنة عند الخطيب في تاريخه: 3/ 303، ومحمد بن كثير عند الخطيب في تاريخه: 6/ 165، والصيداوي في معجم الشيوخ: 211 [مسندًا]، وبشر بن الحارث عند الخطيب: 12/ 242، كما ذكر أبو يعلى القزويني في الإرشاد: 1/ 235 رواية معن.

(2) يقول الدارقطني في العلل الواردة في الأحاديث النبوية: 9/ 167 «واختلف عن مالك بن أنس، فروى مجاهد بن موسى، عن معن عن مالك، عن الزهري، عن سعيد عن أبي هريرة، وتابعه محمد بن كثير المصيصي عن مالك من رواية أحمد بن بكر البالسي عنه، وتابعه يحيى بن أبي قتلية عن مالك، من رواية النّضر بن سَلَمَة، **وأما القعنبي وأصحاب الموطأ فرووه عن مالك، عن الزهري، عن سعيد مرسلاً، وهو الصواب عن مالك**».

(3) انظر هذه الطرق في التمهيد: 6/ 524. أما القنازعي فقال في تفسير الموطأ: الورقة 179 «حديث مرسل، ولا يُسْنَد من طريق صحيحٍ».

وقال ابنُ حبيب[1]: «هو بِرَفْعِ القاف على معنى الخبر أنّه[2] يَغْلَقُ فَيُحْبَسُ بما رُهِنَ[3]، فلذلك ارْتَفَعَ. ولو كان نهيًا لكان جَزْمًا. ثمّ يكسر لالتقاء السّاكنين»[4].

وقال غيره: هو على فعَل بفتح العين وكذلك المستقبل.

الأصول[5]:

قال الإمام: الرّهْنُ مصلحةٌ من مصالح الخلائقِ، شَرَعَها اللهُ تعالى لمن لم يرضَ بِذِمّةِ صاحبِهِ الّذي عامَلَهُ، وفائدتُه: التّوثيقُ للخَلْقِ، مخافَةَ ما يطرأُ عليهم من التَّعَذُّرِ، قال الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ الآية[6].

فظنّ قومٌ أنّ ذلك مخصوصٌ بالسَّفَر[7]، وإنّما خرجَ الكلامُ في ذِكْرِ السَّفَرِ مَخْرَجَ سَبَبِ[١] الحاجة وموضِعِهَا، لا أنّه شرطٌ فيها، والدّليلُ على صِحّة ذلك: ما رَوَى الأيمّةُ في الصّحيح وغيرِه، أنّ النّبيّ ﷺ ابْتَاعَ بِالْمَدِينَةِ مِنْ يَهُودِيّ شَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ، وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ[8].

واختلف النّاس في قوله: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[9] فجعلَ القبضَ شرطًا في الرّهنِ في موضعين:

أحدُهما: أنّه لا يكونُ رهنًا يُقْبَضُ، وحينئذٍ يكون له حُكْمُ الرّهْنِ.

والثّاني: أنّه إذا قُبِضَ، هل يَلْزَمُ دائمًا فيه؟ فإن خرجَ عنه بَطَلَ، أم يكفي له قبضُ

---

(١) م، ف، جـ: «فخرج بسبب» والمثبت من القبس.

....

(1) في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 105 [2/ 9].
(2) في تفسير الغريب: «برفع القاف لأنّه ليس بنَهْيٍ ولكنّه خبرٌ يخبرُ به أنّه...».
(3) تتمة الكلام كما في شرح الغريب: «... رهن به اشترط أو لم يشترط».
(4) في تفسير الغريب: «ثمّ خفضًا للقِيهِ الألفَ واللاّمَ»، وانظر غريب الحديث لأبي عبيد: 1/ 114 ـ 116.
(5) انظره في القبس: 3/ 902.
(6) البقرة: 283.
(7) هو قول مجاهد كما نصّ على ذلك المؤلّف في الأحكام: 1/ 260.
(8) أخرجه البخاري (2069) من حديث أنس.
(9) البقرة: 283.
(10) 1/ 260 ـ 262.

أوّلِ العَقْدِ؟ وقد بيّنّا ذلك في «الأحكام»[1]، والصّحيحُ دوامُ القَبْضِ واستمرارُه، وهو الّذي اختارَهُ علماؤنا؛ لأنّ الله جعله رَهْنًا بصفةٍ، فإنِ اختلفت تلك الصّفةُ خرجَ عمّا حَكَمَ اللهُ به.

فصل

قال الإمام[2]: ليس في الرّهنِ حديثٌ صحيحٌ إلاّ رَهْنَ النّبيِّ عند اليهوديِّ، وما رَوَى البُخَاريّ أنّ النّبيّ ﷺ قال: «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ، يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ويُحْلَبُ بِنَفَقَتِهِ»[3] وهذا الحديثُ الّذي أَرْسَلَهُ مالكٌ، عن سعيدِ بنِ المُسَيِّب، إنّما سَاقَهُ لاتّفاق العلماءِ على القولِ به[(١)]، وإنِ اختلفَ في ذلك علماءُ الحديثِ، وقد زَاد الدّارقطنيُّ[4] في حديث سعيدٍ وأَسْنَدَهُ فقال: عن النّبي ﷺ: «لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ[(٢)] الّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» وهذا يعارِضُ[(٣)] حديثَ النّبيِّ ﷺ الّذي خرّجه البخاريّ في قوله: «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ ومَحلوبٌ بِنَفَقَتِهِ».

وقد اتّفقَ العلماءُ على أنّ منافِعَ الرَّهْنِ[(٤)] للرّاهن ليس للمُرْتَهِنِ فيها حقٌّ، وإنّما له حقُّ الحَبْسِ والتّوثُّقِ، فأمّا منافِعُه فلا.

وقال أبو حنيفة[5] قولاً غريبًا لا يُشبِهُ فِطْنَتَهُ: تبقَى منافعُ الرَّهْنِ عَطَلاً لا سبيلَ للمرتَهِنِ إليها؛ لأنّها ليست له، ولا سبيلَ للرّاهنِ إليها؛ لأنّ الرَّهْنَ قد زال[(٥)] عن يده.

---

(١) «به» زيادة من القبس.
(٢) في مصادر الحديث: «صاحبه».
(٣) م: «معارض».
(٤) في القبس: «المرهون».
(٥) في القبس: «خُزِلَ».

....

(1) من هنا إلى بداية كلامه في الفقه أورده في القبس: 3/ 902 ـ 904.
(2) قوله ﷺ: «الرهن مركوب ومحلوب» أورده البخاري في ترجمة الباب (4) من كتاب الرّهن(48)، والباقي رواه بنحوه في الحديثين (2511، 2512) عن أبي هريرة. والعبارة الأولى رواها وكيع في نسخته عن الأعمش: 74 ومن طريقه ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل: 1/ 229، كما رواها الشافعي في الأمّ: 3/ 164 (ط. النجار)، والرازي في علل الحديث(1113)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (282) كلهم من حديث أبي هريرة. وانظر تلخيص الحبير: 3/ 35.
(3) في سُنَنِه: 3/ 33.
(4) انظر بدائع الصنائع للكاساني: 6/ 145.
(5) انظر الأم: 3/ 155 (ط. النجار).

وقال الشّافعيُّ[1]: يستَوْفِي الرَّاهِنُ عند نفسه منافعَ الرَّهْن؛ لأنّ الرَّهْنَ قد صحَّ ولَزِمَ بالقبضِ[١] الأوّلِ، فلا يحتاجُ إلى الاستدامةِ.

قال الإمام: فأمّا قولُ أبي حنيفةَ فمخالِفٌ للحديث والأصولِ والنَّظَرِ، أمّا الحديثُ فمن ثلاثةِ أوْجُهٍ:

أحدُها ـ وهي القاعدةُ ـ: أنّ النّبيَّ ﷺ نَهَى عن إضاعةِ المالِ.

وما رَوَى البخاريّ: «أَنَّ الرَّهْنَ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ» يناقضُ قولَه: «الرَّهْنُ عَطَلٌ» **وهو الثاني**.

وأمّا الحديث الثالث فهو[٢]: «لَهُ غُنْمُه وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ».

وأمّا «الأصولُ» فكلُّ مالِكٍ أحقُّ بمِلْكِهِ، وكلُّ ذي حقٍّ لا يُحَالُ بينَه وبين حقِّه في مسائلِ الشّريعةِ كلِّها.

وأمّا «النّظَرُ» فليس من المصلحة للخَلْق، ولا مِنْ شُكْرِ نِعَمِ الخَالِقِ، أن تُتْرَكَ النِّعَمُ سُدىً حتّى تَتْوَى[2].

وأمّا قولُ الشافعيّ: «إنّ الرَّهْنَ يَرْجِعُ إلى صاحِبِه» ففي ذلك إبطالٌ لِحَقِّ المُرْتَهِن أو تعريضُه للآفات، وذلك لا يجوزُ.

والصّحيحُ ما قاله مالكٌ من أنّ المَنَافع تبقَى في يد المُرْتَهِن *مع الأصل؛ فإنْ شاءَ الرّاهنُ أن يَسْتَوفِيَهَا تحت يد المُرْتَهِن بنَفسِهِ استوفاها*[٣]، وإن شاء أن يُنِيبَ من يَسْتَوْفِيها لَهُ فَعَلَ، فبهذا يصلُ كلُّ ذي مِلْكٍ إلى مِلْكِهِ، ويبقَى كل ذي حقٍّ محفوظًا على صاحبه.

وأمّا قوله: «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ» فهذه إشارةٌ إلى ما قلنا من أن المنافعَ لا تبقَى مُعَطَّلَةً.

وأمّا قولُه: «يَرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ وَيُحْلَبُ بِنَفَقَتِهِ» فإنّ ذلك محمولٌ على بقيَّةِ عادةٍ كانت

---

(١) م، ف، جـ: «بقبض» والمثبت من القبس.

(٢) «فهو» زيادة من القبس.

(٣) ما بين النجمتين استدركناه من القبس 18/184 (ط. هجر)؛ ليلتئم الكلام.

....

(1) أي تهلك.

(2) انظرها في القبس: 3/904 ـ 905.

عندهم، أو على تَرَاضٍ بذلك من المتراهِنَيْنِ، فأمّا أن يأخُذَ ذلك المُرْتَهِنُ بشرعٍ، فلا يصحُّ ذلك؛ فإنّه كان يكون زيادةً في حقِّه، وأخذَ مال الرَّاهِنِ بغيرِ رِضَاه، فارتبط الباب، والحمدُ لله على هذه الأصول الّتي مهّدنا.

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قولُه: «لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ» قيل: معناه لا يذهبُ هَدَرًا، قال الشّاعر[2]:

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لاَ فَكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ[١] قَدْ غَلِقَا

ففسّر الغَلَق - وهو ذهابُهُ - بغير شيءٍ، وفَوَاتُه من غير جَبْرٍ، وفي ذلك ثلاثةُ أحوالٍ:

الحالةُ الأولى: ما فسّرَهُ مالكٌ أنّه نهى عن عَقْدٍ تضمَّنَ ذلك، وعن استدامَتِهِ إن عُقِدَ على وجهٍ يَتَضَمَّنه.

الحالة الثّانية: أن يَفُوتَ[٢] الرَّهْنُ عند المُرْتَهِن، أو يَتْلَفَ بوجهٍ من وجوه التَّلَفِ.

فقال الشّافعيّ[3]: يذهَبُ هَدَرًا، ويأخُذُ صاحبُ الحقّ حقَّه.

وقال أبو حنيفةَ: يُقَاصُه بقيمته من الدَّيْن.

ولمالك في ذلك قولان[4]:

أحدُهما: الفرقُ بين أن يكونَ ممّا يُغَابُ عليه وما لا يُغَابُ عليه، فإن كان ممّا يُغابُ عليه، كان كما قال أبو حنيفةَ، وإن كان ممّا لا يُغَابُ عليه كان كما قال الشّافعيُّ.

القولُ الثّاني: أنّ الحُكْمَ فيه كما قال أبو حنيفةَ في كلِّ حالٍ. زاد[٣] مالك: إلاّ أن تقُومَ بيِّنَةٌ على تَلَفِهِ من غير جهة المُرْتَهِن، فإنّه يكونُ من الرَّاهِن، وهذه مسألةٌ عظيمةٌ

---

(١) في القبس: «الرّاهن»، المنتقى: «رهنها غلقا».

(٢) في القبس: «يموت».

(٣) في النّسخ: «قال» والمثبت من القبس.

....

(1) هو زهير بن أبي سلمى، والبيت في ديوانه: 33.

(2) في الأم: 3/ 160 (ط. النجار).

(3) انظر المعونة: 2/ 1156.

(4) انظر روضة الطالبين: 12/ 157.

الموقع، أخَذَت شَبَهًا من الأماناتِ؛ لأنه قَبَضَهُ بإذن صاحبه، وأَشْبَهَتِ الْمُسْتَامَ[١] من جِهَةِ أنّه قَبَضَهُ على وجهِ المُعَاوضَة، ومن حُكْم الفرعِ إذا تَجاذَبَهُ الأصلان أن يُوفرَ[٢] عليه من حُكْم كلِّ واحدٍ منهما، ولأجله قال مالكٌ مرّةً: إنه أمانةٌ. وقال أخرى: إنّه مضمونٌ، وإنّما قبضه على التوثّقِ من الأماناتِ[٣]، والدَّيْنُ مُسْتَقِرٌ في الذِّمّة، بخلاف الْمُسْتَامِ[٤]، فإنّه قَبَضَهُ على معنَى الاعتياض فحقّق ذلك فيه.

ومِن[٥] غَلَقِ الرَّهْنِ مسألةُ[٦] إعتَاقِ الرَّاهِنِ[٧]، فإنّ علماءَ الإسلامِ اختلفوا فيها على ثلاثة أقوالٍ:

أحدها: أنّه مردودٌ، قالَهُ الشافعيُّ[1].

الثّاني: أنهُ نافِذٌ، قاله أبو حنيفةَ[2].

الثّالثُ: أنه يَنْفُذُ إن كان مُوسِرًا، ويُرَدُّ إن كان مُعْسِرًا[3].

والمسألةُ مُشْكِلَةٌ[٨]؛ إلاّ أنّ[٩] الكلامَ لمالكٍ يَظْهَرُ فيها مع الاعتبار جدًّا؛ لأنّه من غَلَقِ الرَّهْنِ، والصّحيحُ في اشتقاقِهِ أن يذهَبَ باطِلاً، كما قال الشّاعر[4]:

وَفَـارَقَـتْـكَ بِـرَهْـنٍ لاَ فِـكَـاكَ لَـهُ ... يوم الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْن قد غَلِقَا

ويكونُ[١٠] الهلاكُ من جِهَةِ الرَّاهِنِ، وكما لا يَغْلَقُ الرَّهنُ على الرَّاهِنِ، فأوْلَى

---

(١) ف: «المستأمر»، م: «المستأمن».

(٢) ف: «يومر».

(٣) م، ف، ج: «الآفات» والمثبت من القبس.

(٤) ف: «المستأمر»، م: «المستأمن».

(٥) م، ف: «من»، ج: «عن» والمثبت من القبس.

(٦) م، ف، ج: «مثله» والمثبت من القبس.

(٧) م، ف، ج: «الرّهن» والمثبت من القبس.

(٨) ج: «معسرة».

(٩) م، ف، ج: «لأن» والمثبت من القبس.

(١٠) ف: «وكان»، ج: «ولا يكون».

....

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 300، والمبسوط: 21/ 138.

(2) انظر المعونة: 2/ 1165.

(3) هو زهير بن أبي سلمى، والبيت سبق تخريجه صفحة: 34، التعليق رقم: 2.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 240 ـ 241.

وأَحْرَى ألاّ يَغْلَقَ الرّهنُ(١) على المُرْتَهِن.

وأمّا الشّافعيّ فإنّه قال: إنَّ الرَّهْنَ حقٌّ يتعلَّقُ باليَدِ، والعِتْقَ حقٌّ يتعلّقُ بالمِلْكِ، فَمَحِلُّ(٢) العِتْقِ غيرُ مَحِلِّ(٣) الرَّهْنِ.

قلنا له: ولكنّه يُبْطِلُهُ، وكلُّ ما(٤) أدّى إلى بُطلاَنِه فإنّه يَبْطُلُ في نَفْسِه. وهذا فصلٌ عسِيرٌ لا يستقيمُ على أصولِنا؛ لأنّ مالكًا قد قال في عِدَّة مسائلَ: إنّه ينفُذُ العِتْقُ من المُوسِرِ والمُعْسِرِ، وإن أدّى إلى إبطالِ حقِّ الغيرِ، فإذا طُولِبَ بالفَرْقِ لم يَقْدِرْ عليه، ويَئُولُ الكلامُ إلى تَشْغيبٍ(٥) في الفروع وتَشْغبٍ(٥) أيضًا في الأصول، بيانُها في «كتب الأصول».

القضاء في رَهْنِ الثَّمَرِ والحيوان

الفقه في مسائل:

المسألة الأُولى[1]:

«فإِنَّ ذَلِكَ الثَّمَر لاَ يَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْحَائِطِ»[2] معناه: لا يكون لِلثَّمَرَةِ حكم الرَّهْن، ولا يكون المُرْتَهِنُ أحقَّ بها من الغُرَمَاء، وذلك أنّ النّماء(٦) من الرَّهْنِ على ضربين:

أحدُهما: أن يكون من غير جنس الأصل، كثَمَرَة النَّخل، وعسل النّحل، وغَلَّةِ الدُّور(٧)، والعبيد، وسائر الحيوان، فهذا كلّه لا يكون رَهْنًا مع الأصل، ما حدث منه بعد عَقْدِ الرَّهْن.

---

(١) في النسخ: «الدين» والمثبت من القبس (ط. هجر).

(٢) م، ف: «فمحمل».

(٣) م، ف: «محمل».

(٤) م، جـ: «وكما».

(٥) ف: «تشغب»، القبس: «تشعيب» م، جـ: «شعب» والمثبت من القبس: 18/ 188 (ط. هجر).

(٦) م، ف، جـ: «المنافع» والمثبت من المنتقى.

(٧) في المنتقى: «الزّرع».

....

(1) عبارة الموطأ (2134) رواية يحيى، قال: «سمعتُ مالكًا يقول فيمن رَهَنَ حائطًا له إلى أجلٍ مُسَمّى، فيكون ثَمَرُ ذلك الحائط قبل ذلك الأجل: إنّ الثَّمَرَ ليس برَهْنٍ مع الأصل» ورواه عن مالك: أبو مصعب (2959).

(2) انظر مختصر الطحاوي: 94، ومختصر اختلاف العلماء: 4/ 290.

فأمّا «الثَّمَرَةُ» فسواء حدثت[١] بعد العَقْد أو كانت موجودة حين[٢] الرَّهْن، مزهية أو غير مزهية، قاله ابن القاسم وأشهب.

وقال أبو حنيفة[1] والثّوري: ما حدث من اللّبن والصُّوف والثّمرة[٣] بعد الرَّهْن فهو في الرَّهْن، وكذلك الغَلَّة والخَرَاج.

ودليلنا: أنّه نَمَاءٌ حادِثٌ من غير جنس الأصل، فلم يتبعه في عَقْد الرَّهْن، أصل ذلك: مال العبد.

المسألة الثّانية[2]:

وأمّا «الصّوف واللّبن» فلا يتبع[٤] أيضًا إذا حدث بعد العَقْد، أو كان غير كامل، فأمّا[٥] إن كان كاملاً يوم العَقْدِ، فقد قال ابنُ القاسم: يلحقه حكم الرّهن. وقال أشهب: لا يكون رهنًا إلاّ بالشّرط[3].

ووجه قول ابن القاسم: أنّه متّصلٌ بالحيوان اتّصالَ خِلْقَة، ويتبع في البيع بمجرَّدِ العَقْدِ، فكذلك في الرَّهْن كأعضاء الحيوان. وقد قال بعض القَرَوِيِّين في النّخل تُرْهَنُ وفيها ثمرة يابسة: يجب أن تكون للمُرْتَهِنِ على قول ابن القاسم كالصُّوف التّام.

قال الإمام: وعندي أنّها[4] لا تتبع في البيع[5] بخلاف الصّوف؛ لأنّ الصُّوف لا يخلو منه الحيوان، ويؤخذ منه على سبيل الإصلاح له، فأشبه جريد النّخل، وأمّا الثَّمَرَة

---

(١) م، ف، جـ: «الثمر سواء حدث» والمثبت من المنتقى.
(٢) ف: «في حين».
(٣) في المنتقى: «وثمر النّحل والشّجر».
(٤) م، جـ: «ينبغي».
(٥) م، جـ: «. . . العقد إذا كان كاملاً»، ف: «. . . العقد إذا كل ملك» وقد أثبتنا ما رأيناه صوابًا بالاستعانة بما في المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 241.
(2) ووجه قول أشهب: أنّ هذه غَلّة فلم تتبع الأصل في الرَّهْن بمجرّد العقد، كاللّبن في ضروع الغنم.
(3) أي الثمرة اليابسة.
(4) في المنتقى: «لا تتبع في الرَّهْن لأنّها لا تتبع في البيع».
(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 241.
(6) المقصود هو الإمام الباجي.

فهي من غير جنس الأصل، ومقصودةٌ بالغَلَّة[١]، تخلو منها الشّجرة[٢] في بعض أوقاتها، وذلك حكم رطبها ويابسها.

المسألة الثالثة[1]:

قال علماؤنا[2]: ويجوز ارتهان مال العبد دونه، فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرَّهْن إن قَبَضَهُ، قاله مالك أيضًا في «**المجموعة**».

ووجهه: أنّ المجهولَ يصحُّ ارتهانه، كما يصحّ إفراد الثَّمَرَة الّتي لم تُؤبَر بالارتهان.

المسألة الرّابعة[3]:

قوله[٣][4]: «وَمَنِ ارْتَهَنَ جَارِيَةً وَهِيَ حَامِلٌ» فقد تقدّم الكلام في النّماء الّذي ليس من جنس الأصل، وأمّا ما كان من جنسه كالولد، زاد ابنُ الجلاّبِ[5]: «وفراخ النّخل والشَّجَر» فإنّ جميع ما تلده الأَمَة بعد الرَّهْن يكون رَهْنًا معها دون شرطٍ، خلافًا للشّافعي[6].

ووجه ذلك: أنّها نماءٌ من جنس الأصل فأشبه جنسها[٤].

ومَنِ ارتهن عبدًا فولد له من أَمَتِهِ، فقد قال ابنُ شعبان: الولد رَهْنٌ مع أبيه دون أُمّه.

ووجه ذلك: أنّ أُمّه مال العبد[٥]، فلا[٦] تكون رَهْنًا معه بمجرَّدِ العَقْد، والوَلَدُ نَماءٌ

---

(١) م، جـ: «ومقصوده بالعلم»، ف: «ومقصودُهُ بالعلم لعلّه»، والمثبت من المنتقى.
(٢) م، ف، جـ: «الشجر» والمثبت من المنتقى.
(٣) «قوله» زيادة من المنتقى يقتضيها السّياق.
(٤) في المنتقى: «سمنها».
(٥) في المنتقى: «للعبد».
(٦) م، ف، جـ: «لا» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 241.
(2) أي قول مالك في الموطأ (2134) رواية يحيى.
(3) في التّفريع: 2/ 260.
(4) في الأم: 7/ 78 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 6/ 208.
(5) تتمة الكلام كما في المنتقى: «... قاله مالك في المدوّنة، وقال في المجموعة: لا يرتهن الجنين دون الأمّ وليس الولد كالثّمرة».

من جنس، فكان تبعًا له في الرَّهْنِ.

ولو شرط أنّها رَهْنٌ دون ما تلد لم يجز[1].

ووجه ذلك: أنّه جزءٌ معيَّنٌ منها، فلم يجز أن يفرد عن الرَّهْن كَيَدِها.

المسألة الخامسة[2]:

وفَرَّقَ علماؤُنا بين الثَّمَرَة وولد الجارية؛ لأن النّبيّ ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَها الْمُبْتَاعُ»[3].

قال مالك[4]: «والأمرُ الّذي لا خِلاَفَ فيه، أنّ من باع جاريةً[١] وفي بَطْنِهَا جَنِينٌ أنّ ذلك للمُشْتَرِي وإن لم يَشْتَرِطْهُ».

فهذا على ما قال، فرق بين الثَّمَرَة المأبورة والجنين، وفيه حُجَّة على من أراد إلحاق أحدهما بالآخر. وأمّا غير المأبورة فخارجة عن ذلك؛ لأنّها تتبع النّخل في البيع وإن لم يشترطها، فهيَ في البيع كالجنين، وفي الرَّهْن مخالفة له، على ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

القضاءُ في الرَّهْنِ من الحيوان

الفقه في تسع مسائل:

المسألة الأولى[5]:

قوله[6]: «مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ[٢] يُعْرَفُ هَلاَكُهُ»[7] وهذا يدلُّ على ما قال. فأمّا الأرض

---

(١) في الموطّأ: «وليدة» وتابع ابن العربي نصّ المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «رهن» والمثبت من الموطأ والمنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 242.

(2) أورده مالك في الموطأ (2135) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2959).

(3) في الموطأ (2136) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2960).

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 242 ـ 243.

(5) أي قول مالك في الموطأ (2137) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2964).

(6) أسقط المؤلِّف أو الناسخ فقرة نرى من المستحسن إيرادها كما هي في المنتقى: «يريد أن = يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر ولا يغاب عليه كالأرض والدّور والحيوان؛ فإنّ هذا لا يمكن إخفاؤه بالمغيب عليه والسّتر له. قال مالك: وكذلك الزّرع والثمرة في رؤوس النّخل،

والرِّباع وأصول الشَّجر ممّا لا ينقل ولا يحول، فأمرها ظاهر يُعلَم صدق مدَّعِي ضياعها من كذبه. وأمّا الحيوان فإنّ ادّعَاء أبَاق العبد وهروب الحيوان، فهذا ممّا لا يكاد المُرْتَهِن أن يقيم به بيِّنَة؛ لأنّ هذا يكون في وقت الغفلة. قال مالك: لأنّ الأصل ما أخذه عليه من غير الضّمان حتّى يتبيَّن كذبه، وذلك مثل ما قال أشهب: إذا زعم أنّ الدّابّة انفلتت منه، أو كابره العبد بحضرة الجماعة فينكرون ذلك، فلا يُصدّقُ إلاّ أن يكون الّذين[١] ادّعَى عليهم ذلك غير عُدُول، فلا يُصدقون، والقول قولهُ.

قال محمّد: هذا مذهب مالك وأصحابه فيما لا يغَاب عليه، والمشهور[1] من قول مالك؛ أنّهم إذا كانوا غير عُدُول لم يثبت كَذِبُه، وكان على أصله في التّصديق وانتفاء الضّمان؛ لأنّه على ذلك أخذه، فوجود غير[٢] العدول كعدمهم فيما يتعلّق بالحكم له وعليه.

المسألة الثانية[2]:

وأمّا «الموت» ففي «**الموّازية**» عن مالك: أنّه يُصَدَّق، إلاّ أن يظهر كذِبه بدَعْواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك، ومعنَى ذلك: أنّه يصدَّق إذا ادَّعَى مَوْته في الفَيَافِي، وبحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه.

المسألة الثالثة[3]:

ولو قال[٣]: ماتت دابّة لا نعلم لمن هي، ففي «**المجموعة**»: يصفوها[٤] إن عرفوا الصّفة، وإن لم[٥] يصفوها قُبِلَ قولُه أنّها هي ويحلِف.

---

(١) م، ف: «الذي».
(٢) «غير» زيادة من المنتقى يستقيم بها الكلام.
(٣) م، ف، جـ: «قالوا» والمثبت من المنتقى.
(٤) في المنتقى: «فوصفوها».
(٥) في المنتقى: «أو لم».

....

وهذا...».
(1) في المنتقى: «ووجه المشهور».
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 243.
(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 243.
(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 243.
(5) أخرجه الطحاوي بسند صحيح ـ كما نصّ الزّيلعي ـ في شرح معاني الآثار: 4/ 102 من طريق عبد

المسألة الرّابعة[1]:

قال أبو الزّناد وفي الحديث: «إِذَا عميت قِيمَته»[2] وهذا الّذي ذَكَرَهُ لا يثبت عن النّبي عليه السّلام فيه شيءٌ، وإنّما هو قول جماعة الفقهاء: إنّ الرَّهْنَ يضمن منه قَدْر الدَّيْن، وما زاد على ذلك فهو أمانة، وهذا قول ابن أبي ليلَى والثّوري وأبي حنيفة[3].

وأمّا ما رُوِيَ من قول أصحابنا في قوله: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ» هو قول الفقهاء السَّبعة، إنّما ذلك إذا جُهِلَت صفتُه ولم يدَّع معرفة ذلك راهِنٌ ولا مُرْتَهِن، وهو قول اللّيْث، وبلغني[4] عن عليّ رضي الله عنه[5]. وقد قال مالك: الرَّهْن بما فيه إذا ضاع عند المُرْتَهِن ما يغاب عليه إذا كانت قيمته بمقدار الدَّيْن، وسيأتي بيانُه إن شاء الله.

المسألة الخامسة[6]:

وإذا جاء المُرْتَهِن بالرَّهْن[١] وقد احترق وقال: قد وقعت عليه نار، فلا يصدَّق وهو ضامِنٌ إلاّ أن تقوم[٢] بيِّنة، أو يكون من الاحتراق أمر مشهور، من احتراق منزله أو حانوته فيأتي ببعض ذلك محروقًا، فإنه يُصَدَّق، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم[7].

والقول قولُه فيما ادّعاه إذا جاءَ بالشُّبهة من إحراقِ حانوته أو منزله.

---

(١) م، ف، ج: «بالثوب» والمثبت من المنتقى.

(٢) ف: «يقيم»، المنتقى: «تقوم عليه».

....

الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه، قال: كان من أدركت من فقهائها الذين ينتهى إلى قولهم: منهم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه وصلاح وفضل، فذكر جميع ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصِّفة؛ أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمته، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبيّ ﷺ، وانظر نصب الراية: 4/ 322.

(1) انظر مختصر الطحاوي: 95، ومختصر اختلاف العلماء: 4/ 309، والمبسوط: 21/ 64 ـ 65.

(2) القائل هنا هو الإمام الليث.

(3) نصّ على ذلك الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء: 4/ 310، ورواية عليّ أخرجهاعبد الرزاق (15039)، والبيهقي: 6/ 43.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 244 ـ 245.

(5) في المنتقى: «رواه ابن حبيب عن أَصْبَغ عن ابن القاسم».

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 245.

(7) في المنتقى: «وإذا أتى المُرْتَهِنُ بالرَّهْنِ وهو ساج قد تآكله السوس» قلنا: والسّاج هو الحائك.

المسألة السادسة[1]:

وإذا أتى بالرّهن قد تآكل من السّوس[2]، فلا ضمانَ عليه ويحلف ما ضَيَّعَهُ، وإن كان أضاعه حتّى أصابه، فيشبه أن يكون فيه شيء، رواه في«العُتْبِيّة» عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وقال ابن شعبان: إذا تآكلت الثّياب عنده أو قرضها الفأر وما أشبهه، فإنْ كان أضاعها ضَمن وإلاّ لم يضمن، وقال ابن القاسم: يضمن.

المسألة السابعة[3]:

وأمّا إذا تَلِف بغير بيّنة، فلا خلاف في المذهب أنّه مضمون، خلافًا لابن المُسَيَّب والزّهريّ وابن دينار[١] في قولهم: إنّ الرّهْن كلّه أَمَانَة ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، وبه قال الشّافعيّ[4].

ودليلُنا: أنّ قَبْض ما يملك، فمنفعته للقابض مؤثِّرةٌ[٢] في الضمان كالشّراء.

إنّ الرّهن[٣] مضمونٌ على حكم الارتهان[٤] في الضّمان، من حين يقبضه المُرْتَهِن إلى أن يردّهُ.

ولو ضاع الرّهْنُ بعد أن وهبَهُ الرّاهِن، ففي «العُتْبِيّة» عن ابن القاسم[5] أنّه يضمنه. ووجهه: ما قدّمناه من أنّه مقبوضٌ على حكم الارتهان في الضّمان[6].

---

(١) م، ف، ج: «لابن المسيب والترمذي» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «ما يملك لمنفعة القابض مؤثر» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «لأنّ الرهن» وفي المنتقى بعد كلمة «مسألة»: «والرّهن» ولعل الصّواب ما أثبتنا.

(٤) م، ف، ج: «الرهن» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 245.

(2) في الأم: 7/ 155 (ط. قتيبة).

(3) في المنتقى: «ففي العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب».

(4) الّذي في المنتقى: «... مقبوض على حكم الرّهْن، فبراءة الرّاهن مما رهن به لا تغير حكمه في الضّمان كما لو قضاه ذلك».

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 247.

(6) أي قول مالك في الموطأ (2137) رواية يحيى.

المسألة الثامنة[1]:

قوله[2]: «وَلَوْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ: لاَ عِلْمَ لِي بِقِيمَةِ الرَّهْنِ. حُلِّفَ الرَّاهِنُ[3]، إِذَا جَاءَ بِمَا لاَ يُسْتَنْكَرُ» يريد أن يأتي بما يُشْبِه من صفة ما رُهِنَ في مثل ذلك، وما يكون له من القيمة ممّا يقرب منه على ما جرت به العادة، وإنّما يُرَاعَى في ذلك ما لا يُسْتَنْكَر من الثَّمَن.

المسألة التاسعة[4]:

قوله[5]: «وَذَلِكَ إِذَا قَبَضَهُ وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ». يريد أنّه[6] إنّما ضمن الرّهن الّذي لا يغاب عليه إذا كان حائزًا له، وأمّا إذا كان موضوعًا على يد غيره بحكم[7]، أو باتّفاقهما، فلا ضمان عليه في ضياعه، وإن لم تقم بذلك بيّنة.

وأمّا سائر ما تقدّم من قوله في شهادة قيمة الرَّهْنِ بقَدْر الدَّيْنِ، فيحتمل أن يناوله هذا الشّرط على قول أَصْبَغ، ويحتمل أن لا يناوله على قول محمّدٍ، وسيأتي ذِكْرُه إن شاء الله.

تركيب:

قال الإمام: ويتركّب على هذا ستّ مسائل[8]: المسألة الأولى: في وجُوبِ الحيازة للرّهن وأنّها شرطٌ في صحّته وإتمامه. والثّانية: في صفة الحِيَازَة وتميّزها(١) ممّا ليس بحيازة. والثّالثة: فيمن يكون وضع الرَّهْن على يديه. والرّابعة: فيمن يُوضع على يده عند

(١) م: «وحيزها»، جـ: «وغيرها»، المنتقى: «وتمييزها» وهذه أَوْلَى.

....

(1) تتمّة الكلام كما هو في الموطّأ: «عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ، وكان ذلك لَهُ».
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 247.
(3) أي قول مالك في الموطأ (2137) رواية يحيى.
(4) أي المُرْتَهِنُ.
(5) أي بحكم حاكم.
(6) هذه المسائل مقتبسة من المنتقى: 5/ 247.
(7) هذه المسألة بفرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 247 ـ 248.
(8) ذكره ابن حزم في المحلّى: 8/ 87 ونصّ على صحّة إسناده.

اختلافهما. والخامسة: فيمن يقوم بالرّهن[١] ويلي الإنفاق عليه والاستغلال له[٢].
والسّادسة: في حكم العدل الّذي يوضع على يده.

أمّا المسألة الأولى[1]: في وجوب حيازته وكونها شرطًا في تمامه

فليس من شرطها[٣] السّفَر، خلافًا لمجاهد في قوله: لا يصحّ الرّهن إلاّ في السّفَر[2].

ودليلُنا: أنّ كلّ وثيقة صَحّت في السّفَر فإنّها أصحّ في الحَضَرِ كالكَفَالَة، ولا يتمّ لها حكم الرّهْنِ إلاّ بالحِيَازَة له، قال الله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[3] فجعل ذلك من صفته اللاّزمة له، وذلك بمعنى الشّرط فيه، فصار حكم الرّهْنِ متعلّقًا بالرّهْن المقبوضِ.

فرع:

فإن مات الرّاهن أو أفلس، ووُجِدَ الرّهْنُ بيدِ المُرْتَهِنِ أوِ الأمينِ، ففي «**الموّازية**» و«**المجموعة**» عن عبد الملك: لا ينفع ذلك حتّى تعلم البيّنة أنّه حَازَهُ قبل ذلك[4].
وقال محمّد: لا ينفعه إلاّ بمعاينة الحوز لهذا الارتهان[٤].

ووجهه: أنّه لمّا كان من شرطه قبضه وحيازته قبل تعلّق حقّ الغُرَمَاء به، لم يحكم له بذلك إلاّ بعد ثبوت الشّرط في وقته وقبل وفاته[٥].

وعندي: لو ثبت أنّه وجد بيده قبل الموت أو الفلس، لوجب أن يحكم له بحكم الرّهْنِ، ولعلّه معنَى قول محمّد: لا ينفعه إلاّ بمعاينة الحوز.

---

(١) «بالرّهن» زيادة من المنتقى.
(٢) م، ف، ج: «الاشتغال به» والمثبت من المنتقى.
(٣) في المنتقى: «ليس من شرط الرّهن».
(٤) في المنتقى: «الحوز لها حين الارتهان».
(٥) في المنتقى: «فوته».

....

(1) البقرة: 283.
(2) أي قبل الموت أو الفلس.
(3) هذه المسألة مع فروعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 248 ـ 249.
(4) انظر مختصر الطحاوي: 93، والمبسوط: 21/ 68.

المسألة الثانية[1]: في صفة الحيازة وتمييزها ممّا ليس بحيازة

فأوّل ذلك أنّ الرّهْنَ يلزم بمجرّد القول، خلافًا لأبي حنيفة[2] والشّافعي[3] في قوليهما: لا يلزم إلاّ بالقبض.

قال عبد الوهّاب[4]: والدليل على ذلك، قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[5] قال(١): قلنا: من الآية دليلان:

أحدهما: أنّه قال تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فأثبتها رِهَانًا قبل القَبْض.

والدّليل الآخر: قولُه: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ هو أمرٌ؛ لأنّه لو كان خَبَرًا لم يصحّ أن يوجد(٢) رهن غير مقبوض، ومن قولهم: إنّ الرّاهِن لو جُنّ أو أُغْمِيَ عليه ثمّ أفاقَ لصَحّ(٣)، فثبت أنّه أمرٌ.

ومن جهة القياس: أنّه عَقْد وثيقة كالكفالة.

فرع:

وهل يكون من شرط الحِيَازَة أن يقبض الرّهن الحائز أم لا ؟

اختلف أصحابنا في ذلك: ففي «الموّازية» من رواية ابن القاسم عن مالك فيمنِ اكْتَرَى دارًا أو عبدًا سنة، أو أخذ حائطًا مساقاة، ثمّ ارتهن شيئًا من ذلك قبل تمام السَّنَة، فلا يكون محوزًا للرَّهْنِ؛ لأنّه محوز قبل ذلك بوجه آخر.

وفي «المجموعة» قال سحنون: ومذهب ابن القاسم: أنّه يجوز أن يرتَهِنَ ما بيده بإجارَةٍ أو مساقاةٍ ويكون ذلك حيازة للمُرْتَهِن، كالّذي يخدم العبد ثم يصَّدَّق به على

---

(١) «قال» زيادة من المنتقى؛ لأن القائل هو القاضي عبد الوهّاب.

(٢) في الأصول: «يكون» والمثبت من المنتقى.

(٣) ف، جـ: «أفاق منه لصح»، وفي المنتقى: «أفاق فسلم فصحّ».

....

(1) في الأم: 7/ 8، وانظر الحاوي: 6/ 8.

(2) انظر نحوه في المعونة: 2/ 1153.

(3) البقرة: 283.

(4) 11/ 94 في سماع عيسى من ابن القاسم، من كتاب العتق.

(5) وذلك لأنّه إنّما رهنه البيوت التي له، ولم يرهنه الطّريق الذي ليس له من الحقّ فيه إلاّ ما لغيره من المرور فيه.

آخر، فحوزُ المخدوم(١) حوزٌ للمُتَصَدَّقِ عليه.

فرع آخر:

ومن رَهَنَ بيتًا من دارٍ بما يليه منها، فحازَهُ المُرْتَهِن بِغَلَقٍ أو كراء.

قال ابنُ حبيب عن أصبغ: إنْ حَدَّ له نصف الدّار فهو أحسن، وإن لم يحدّه ولكنّه رهنه البيت بعينه ونصف الدّار شائعًا، فحيازته للبيت تكفيه، وكذلك في الصَّدقة، يريد بقوله: «فحيازة المُرْتَهِن بغلق البيت» أنّ غلقه له على ذلك الوجه حيازة له ولسائر ما ارتهن من الدّار. وأمّا الكراء فإنّه يشتمل على الجميع، واختار أَصْبَغُ أن لو حدَّ له بحَدٍّ حتى(٢) يتميّز الرَّهْن من غيره، لكنّه إن حاز البيت أجزأه(٣). ويحتمل وجهين:

أحدهما: أنّ البيت معظم الرَّهْن والتّالي(٤) له تَبَعٌ.

والثّاني: يكون مبنيًا على جواز حيازة المُشَاع مع غير الرَّهْنِ، ويكون معنَى المسئلة أنّ بقيَّةَ الدّار لغير الرّاهن، وفي «العُتبيّة»[1] من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ارْتَهَنَ دارًا وفيها طريق للمسلمين يسلكه الرّاهنُ وغيره، قال: إذا حاز البيوت لم يضرّه الطّريق؛ لأنّه حقّ للنّاس كلّهم. فراعَى في الحيازة البيوت(٥) دون السّاحة[2]، ويحتمل ما قدّمنا من أنّها تَبَعٌ للبيوت.

فرع:

ويجوز عند مالك رَهْن المُشَاعِ[3]، وبه قال الشّافعيُّ[4]، ومنعه أبو حنيفةَ[5].

---

(١) في المنتقى: «المخدم».
(٢) في المنتقى: «أن يحدّ له ما اختاره من الدّار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة حتى...».
(٣) م، ف، ج: «لكنّه حيازة البيت حيازة» والمثبت من المنتقى.
(٤) م، ف: «والثاني» وهو تصحيف، وفي المنتقى: «والباقي».
(٥) م، ف، ج: «مراعى للحيازة للبيوت» والمثبت من المنتقى.

....

(1) انظر التفريع: 2/ 262، والمعونة: 2/ 1155.
(2) في الأم: 7/ 177.
(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 287، والمبسوط: 21/ 69.
(4) هذه المسألة مع فرعيها مقتبسة من المنتقى: 5/ 251.
(5) المقصود هو الإمام الباجي.

ودليلُنا: أنّه كلّ ما صحّ قَبْضُهُ بالبَيْعِ صحَّ ارْتِهَانُه كالمقسوم.

المسألة الثّالثة[1]:

قال علماؤنا[2]: هذا في حِيَازَةِ الأعيان، وأمّا الدُّيون فارتهانها جائزٌ، قاله مالك، ولا يخلو الدَّين أن يكون له ذكر حقّ، أو لا ذِكْرَ له، فإن كان له ذكر حقّ، فحيازته أن يدفع إليه ذلك(١) الحقّ ويشهد له به، فهذا حَوْزٌ(٢) ويكون أحقّ به في الموت والفَلَسِ، قاله مالك في **«الموّازية»**.

فرع:

فإن لم يكن له[3] ذكر حقّ، فهل يُجزِىء فيه الإشهاد؟ قال ابنُ القاسم في **«المجموعة»**: لا بأس بذلك، ونحوه عن مالك(٣).

المسألة الرّابعة[4]: **فيمن يصحّ وضع الرّهن على يده**

فإن كان يتيم له وليّان، فارتهن منهما رَهْنًا بدَيْنٍ على اليتيم، فوضع على يد أحدهما، ففي **«الموّازية»** عن عبد الملك: لا يتمّ فيه الحَوْز؛ لأنّ الولاية لهما، ولا يحوز المرءُ على نفسه.

فرع:

ومنِ ارْتَهَنَ حائطًا، فجعل على يد المُسَاقِي فيه أو الأَجِير، فليس برَهْنٍ حتّى يجعل على يد من في غير الحائط، ويجعل مع المساقي رجُلاً يستخلفه، أو يجعلاه على يد من يرضيان به، رواه ابن القاسم عن مالك في **«الموّازية»**.

وقال عبد الملك في **«المجموعة»**: إن كان رَهَنَ نصفه لم يجز ذلك في الأجير

---

(١) في المنتقى: «ذكر».
(٢) م: «فهو أحوز»، جـ: «فهو أجوز»، المنتقى: «فهذا جوز».
(٣) «عن مالك» زيادة من المنتقى.

....

(1) أي للدَّيْنِ.
(2) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 251 ـ 252.
(3) أي بقاء الرّهْن بيد الرّاهن.
(4) هذه المسألة مع فرعيها مقتبسة من المنتقى: 5/ 252 ـ 253.

والقِيَم، وإن كان رهن جميعه جاز.

ووجه الأوّل: أنّ المُسَاقِي والأَجِير لمّا كانا عاملين للرّاهِن كانت أبدانهما[١] له، فلا تصحّ الحِيَازَة مع بقائه بيده[1] أو بيد من يقوم مقامه، كما لو رَهَنَ نصفه لم يجز.

ووجه الثّاني: أنّ يَدَ الأَجِير إنّما نَابَتْ[٢] عن يَدِ الرّاهن بأمره، فإذا بقي له أمر فيه، بقي له بعضه غير مرهون[٣]، فلم يجز ذلك كان حائزًا أو محوزًا منه.

المسألة الخامسة[2]: فيمن يوضع على يده عند اختلافهما

وإنّه إذا اشترط المُرْتَهِنُ كونه على يده، جاز إن كان ممّا يُعْرَف بعينه، كالدور والعَقَارِ والحيوان والثّياب، وغير ذلك ممّا لا يكال[٤] ولا يُوزَن، فأمّا الدّنانير[٥] والدّراهم فلا[٦] يحوزُ ذلك فيها لجواز أن ينتفع بها فيردّ مثلها.

وقال أشهب في «المجموعة»: لا أحبُّ ارتهانَها وارتهان الفلوس إلاّ مطبوعة، للتُّهمة في سلفها، فإن لم تطبع لم يفسد الرّهن ويستقبل[٧] طبعها متى عثر على ذلك، وهذا إذا كان على يَدِ المُرْتَهِنِ دون الأمين[3]، فالتُّهمةُ فيه أَبْيَن. والّذي في «المدوّنة»[4] في الدّنانير والدّراهم والفلوس: يجوز ارتهانها إذا طبع عليها.

---

(١) في المنتقى: «أيديهما».
(٢) م، ف، ج: «بانت» والمثبت من المنتقى.
(٣) في المنتقى: «فإذا بقي له أمر في بقائه بيده لبقاء بعضه غير مرهون».
(٤) م، ف، ج: «يوكل» والمثبت من المنتقى.
(٥) م، ف: «فأما العين والدنانير»، ج: «فأما العين كالدنانير» والمثبت من المنتقى.
(٦) م، ج: «فقد».
(٧) م: «ويتنقل»، ج: «وينتقل».

....

(1) الظّاهر أنّه سقطت هاهنا جملة، نَرى من المستحسن إثباتها كما هي في المنتقى: «وما أرى ذلك في الطّعام والإدام وما لا يُعرَف بعينه؛ لأنّه لا يكاد يخفى التّصرُّف فيه ويخفى في العين، فالتّهمة...».
(2) 4/ 163 فيمن ارتهن دنانير أو دراهم أو فلوسًا أو طعامًا.
(3) 4/ 156 ـ 157 في الرّهن يُجعَل على يدي عدل فيموت العدل فيوصي إلى رجل هل يكون الرهن على يديه.
(4) قاله في «المجموعة» كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.

فرع:

وإن شرط كونها على يدِ أمينٍ، لزمهما ولا يحتاج إلى الطّبع، وهو مذهب ابن القاسم وأشهب.

وإن لم يشترطا(١) شيئًا، قال محمّد بن عبد الحَكَم: إنِ اختصما في ذلك، قيل لهما: اجْعَلاهُ على يَدِ أمينٍ ممّن ترضونَ، فإن اختلفا في الرِّضا، جعله القاضي عند من يرضَى.

فرع:

فإن مات الأمين فأَوْصَى إلى رجلٍ، لم يكن الرَّهْنُ(٢) على يده ولكن(٣) على يَدِ من رضيا به، قاله ابنُ القاسم في «**المدوّنة**»[1].

وقال أشهب[2]: على الوَصِيِّ أن يعلمهما(٤) بِمُؤَنِهِ(٥)، ثمّ إن شاء أقرّه عنده أو عند غيره، فإن اختلفا فيه وفي غيره جعل عند أفضل الرّجلين.

المسألة السّادسة[3]: فيمن يلي الرّهن

رَوَى ابنُ حبيب عن ابن المَاجِشُون: إنّ المُرْتَهِنَ يلي كراءه، وأحبّ إليَّ أن يستأمر الرّاهن إن حضر، فإن لم يأمره(٦) مضَى ذلك.

وقال ابنُ القاسم: له أن يكريَهُ بغير إذنه عَلِمَ أو لم يعلَم.

---

(١) م، ف، ج: «يشترط» والمثبت من المنتقى.
(٢) «الرّهن» زيادة من المنتقى.
(٣) م، ف، ج: «ولا كان» والمثبت من المنتقى.
(٤) م، ف، ج: «يعلم» والمثبت من المنتقى.
(٥) م، ف، ج: «بموته» والمثبت من المنتقى.
(٦) م، ف، ج: «يوامره» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 253.
(2) في المنتقى: «قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة».
(3) 11/ 28 في سماع ابن القاسم عن مالك، من كتاب كتب عليه ذكر الحق.
(4) معظم هذا الباب إلى قوله: «وفروع هذا الباب أربعة» أورده في القبس: 3/ 905 ـ 908.

وقال أشهب[1]: إن لم يأمره الرّاهن، فلا يكريه.

وفي «العُتْبِيَّة»[2] عن ابن القاسم: يلي كراءَهُ بإذن الرّاهن، وكذلك من وضع على يده.

باب[3]
القضاء في كِرَاء الدّابة والتّعدّي فيها[١]

الترجمة والإسناد:

قال الإمام: بوّبَ مالك - رحمه الله - على كراء الدَّوابّ والرّواحل، ولم يَرِدْ لهما في الحديث أصلٌ[٢]، سوَى أنّي وجَدْتُ إشارتين إحداهُما أقوَى من الأُخرى.

وأمّا الأُولى: فهي[٣] الحديث الصّحيح[4] عن عائشة: أَنَّهُ[5] اسْتَأْجَرَا رَجُلاً مِنْ بَنِي الدِّيلِ يُقَالُ لَهُ: ابن الأريقط[6]، دَفَعَا إليه راحِلتَيْهِما وَوَاعَدَاهُ في غَارِ ثَوْرٍ صُبْحَ ثَلَاثٍ. فقد أخذتِ الدّابّةُ هُهنا حظّها من الكِرَاءِ.

وأمّا الحديث الثّاني - وهو أقوى -: وهو حديثُ جابرٍ: أنّه باعَ مِنَ النَّبِيِّ جَمَلاً، وَاشْتَرَطَ ظهره إِلَى الْمَدِينَةِ[7]. وهذا ظاهرٌ في أنّ الاستثناءَ قد وقعَ على جزءٍ من الثَّمَنِ.

---

(١) ج: «عليها»، في الموطّأ: «بها».

(٢) م: «أصلا»، ج: «ولم يردهما في الحديث أصلا».

(٣) م، ف، ج: «فهو» والمثبت من القبس.

....

(1) الذي أخرجه البخاري (2263).

(2) أي النبي ﷺ وكان معه أبو بكر رضي الله عنه.

(3) يقول ابن بشكوال في غوامض الأسماء المبهمة: 1/ 144 «الرّجل الديلمي هو عبد الله بن أرقط، ويقال أريقط، ذكر ذلك ابن إسحاق فيما أخبرنا به أبو محمد، عن أبيه - رحمه الله -، عن أبي الوليد القاضي... عن محمد بن إسحاق بذلك في قصة طويلة».

(4) أخرجه البخاري (2718)، ومسلم (715).

(5) أي قول مالك في الموطأ: 2/ 276.

(6) أخرجه البخاري (1739) من حديث ابن عباس.

(7) البقرة: 179.

وأمّا قوله[1] في التّرجمة: «وَالتَّعَدِّي فِيهَا» فإنّه نبّهَ[١] على أصلٍ، فإنّ العدوانَ بابٌ عظيمٌ، تصرّفت فيه الشّريعةُ بالبيانِ، وتعلّقت به منَ الأفعالِ أحكامٌ، قال النّبيُّ ﷺ: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضكمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ» الحديثَ[2]، فإذا وقعَ التّعدّي فيها، فللشَّرْعِ على المُتَعَدِّي حكمان:

1 ـ أحدُهما: حُكْمُ زَجْرٍ[٢]، كالضّربِ والقتلِ[٣].

2 ـ والآخر: حُكْمُ جَبْرٍ، كالقِيمَة والدِّيَة.

وفي الْجَبْرِ زجرٌ؛ لأنّه بِنَقيضِ[٤] لمِلْكِ[٥] المتعدّي، وليس في الزَّجْر[٦] جَبْرٌ[٧]، ولكن فيه حفظٌ واستنفاع[٨]، وعنه وقَعَ[٩] البيانُ في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ الآية[3]، ولأجل ذلك شرّف الله هذه الأُمّةَ على سائر الأُمَم. فإنّ القِصَاصَ زاجرٌ[١٠] في كلِّ أُمّة، وخُصّت هذه الأُمّةُ بالدِّيَةِ جَبْرًا، وجعلَ اللهُ الوَلِيَّ بالخِيَارِ بين أن يَقْتُلَ أو يَأْخُذَ الدِّيَةَ، وهذا هو الصّحيحُ.

ومن النُّكَتِ البديعةِ[١١] في هذا الحديث: أنّ النّبيَّ ﷺ لم[١٢] يذكر فيه الفروجَ، ولكنّها دخلت في الأعراضِ، فاستوعبَ هذا الحديثُ محارمَ الشّريعةِ.

---

(١) ف: «بيّنه».
(٢) م، ف، جـ: «حد» والمثبت من القبس.
(٣) م، ف: «المثل».
(٤) م: «يقبض»، القبس: «ينقض».
(٥) في القبس: «بملك».
(٦) م، جـ: «الخبر».
(٧) م، ف: «خبر».
(٨) في القبس: «واستيفاء».
(٩) م، ف، جـ: «ووقع» بدون كلمة «وعنه» والمثبت من القبس.
(١٠) م: «حاحز»، ف: «جاء حد»، جـ: «حائز» والمثبت من القبس.
(١١) في القبس: «الغريبة».
(١٢) م، ف، جـ: «. . . الحديث لمن يذكر» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرهما في العارضة: 6/ 113.
(2) وذلك إذا تلف بما يوجب الضّمان، هل يضمن بقيمته أو بمثله؟
(3) أخرجه البخاري (2481، 5225) من حديث أنس.

وأمّا الزَّجْرُ، فيكون بما تقدّم من القتل والضّرب.

وأمّا الجَبْرُ، فيكون بالمِثْلِ، وهو على قسمين[1]:

مثلٌ في الصّورةِ، ومثلٌ في المَالِيَّةِ.

فأمّا المثلُ من جهة الماليّة، فقد عيَّنَها الله في القِيمَةِ من النّقدَيْن[١] وما جرَى مجراهما[٢] بالعُرْف.

وأمّا المثلُ من طريق الصّورة فيما يُشَاهَدُ، وذلك في المَكِيلِ والموزونِ، أمّا إنّه قد يَشِذُّ من ذلك شيءٌ في التّفريع في مسألة الغَزْلِ[2]، فإنّ العلماءَ اختلفوا فيها، هل هي من ذوات الأمثالِ، أو من ذوات القِيَمِ؟ والصّحيحُ أنها[٣] من ذَوَاتِ القِيَمِ، فإنّ ضبطَ القاعدةِ أوْكَدُ من النّظرِ في الفروع.

فإن قيل: كيف تَصْنَعُون بما في الحديثِ الصّحيحِ، من أنَّ النّبيَّ ﷺ كَانَ فِي بَيْتِ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَهْدَتْ إِلَيْهِ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ قَصْعَةً فِيهَا طَعَامٌ، فَضَرَبَتِ الَّتِي هُوَ فِي بَيْتِهَا يَدَ الْخَادِمِ، فَوَقَعَتِ القَصْعَةُ أَوِ الصَّحْفَةُ فَانْكَسَرَتْ، فَقَالَ النّبيُّ: «غَارَتْ أُمُّكُمْ» وجعل يجمع الطّعام في الصّحفة ويقول: «كُلُوا» فَأَكَلُوا وجَبرَ قصعة الّتي هو في بيتها وأرسله إلى الّتي كُسِرَت قصعَتُها[3].

الجوابُ: الأمرُ جرَى للنّبيِّ ﷺ مرّتين:

إحداهُما: كانت أمُّ سَلَمَةَ أهدَتْ إلى النّبيِّ ﷺ وهو في بيت عائشةَ، خرَّجَهُ النّسائيُّ[4].

المرّةُ الثّانيةُ: أنّ الّتي أهْدَتْ كانت زينبَ، فقالت عائشةُ للنّبيِّ عليه السّلام: ما

---

(١) م، ف، جـ: «التّقدير» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، جـ: «مجراها» والمثبت من القبس.

(٣) م، ف، جـ: «أنه» والمثبت من القبس.

....

(1) في المجتبى: 7/ 70.

(2) قول المؤلِّف: «خرجه مسلم في صحيحه» فيه نظر، فالذي وجدناه هو ما في سنن أبي داود (3568) عن عائشة أنّها قالت: يا رسول الله، ما كفارة ما صنعتُ؟ قال: «إناء مثل إناء، وطعام مثل طعام»، والملاحظ في هذا الحديث أنّ التي أهدت هي صفية. أما ما نصّ عليه المؤلِّف من أنّها زينب، فقد

كفارةُ ما صنَعْتُ؟ قال: «إِنَاءٌ بِإِنَاءٍ، وَطَعَامٌ بِطَعَامٍ» خرّجه مسلم في «صحيحه»[1]، واختلاف المُهْدَى دليلٌ على أنّها كانت حالتان، وكانت دارُ النبيّ(١) وأَهْلُهُ(٢) وأوانيه والكُلُّ له، وإنّما الكلامُ في التّشَاحّ(٣) بين المتنازِعَين وطلبِ المثلِ على التّحقيق عند الاختلاف، وذلك لا يكون إلاّ بالمعيارِ الشّرعيّ.

وقيل: إنّما كان ذلك في القَصْعَةِ لحَقَارتها، وإن القِيمَةَ في ذلك لا تختلِفُ بخلافِ الأثواب والدّوابّ؛ فإنّها لا تكاد تتّفقُ لكثرة(٤) قيمتها. أمّا أنّه قد رُوِيَ عن عبد الله بن عمر وغيره؛ أنّ النبي ﷺ قال: «فِي الْكَلْبِ الْمُتَّخذِ لِلزَّرْعِ فَرَقٌ مِنْ طَعَامٍ، وَفِي كَلْبِ الْغَنَمِ شَاةٌ، وَفِي كَلْبِ الصَّيْدِ كَذَا دِرْهَمًا، وَفِي كَلْبِ الدَّارِ فَرَقٌ مِنْ تُرَابٍ، عَلَيْكَ أَنْ تَحْمِلَهُ(٥) وَعَلَيْهِ(٦) أَنْ يَأْخُذَهُ»[2].

قال الإمامُ: وهذا الحديثُ ضعيفٌ في السّنَد، فلا يُلْتَفَتُ إليه لضَعْفِهِ؛ لأنّه لا يصحّ منه حرفٌ.

مَرْجِعٌ:

فإذا اكْتَرَى(٧) دابّة فتعدّى، والفروعُ فيها كثيرةٌ، ولكن جملةُ الحالِ ترجِعُ إلى

---

(١) ف، ج: «التي».
(٢) ساقطة من القبس. وفي النسخ: «بأهله» والمثبت من القبس: 18/ 226 (ط. هجر).
(٣) ف، ج: «المستباح»، وفي القبس: «المشاحة».
(٤) في القبس: «وتكثر».
(٥) في المصادر: «تقبله».
(٦) م: «وعليك».
(٧) في القبس: «أكرى».

....

رواه ابن حزم في المحلّى: 8/ 141، وانظر فتح الباري: 5/ 124.
(1) أخرجه عبد الرزاق (18415)، وابن أبي شيبة (20921)، والعقيلي في الضعفاء: 1/ 81، والدارقطني: 4/ 243، وابن حزم في المحلى: 10/ 523، كلهم من قول عبد الله بن عمر وابن العاص موقوفًا.
(2) انظر الحاوي الكبير: 7/ 439.
(3) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 107، ومختصر الطحاوي: 128.
(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 265.
(5) أي قول مالك في الموطأ (2143) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3013).

أصلٍ، وهو أنّ الشّافعيّ[1] يقولُ: على المتعَدّي قيمةُ ما أَفْسَدَ بالغًا ما بَلَغَ، قليلاً أو كثيرًا، ولا يسقُطُ حقُّ المالِكِ عن العين المملوكةِ بالتّعدّي، ولو بَقِيَ منها قيمةُ حبّةٍ، بل يُحْكَمُ بردِّها إلى مالِكها بجميع قيمتها غيرَ تلك الحبَّةِ.

وقال مالك وأبو حنيفة[2]: إذا ذهبَ المعظَمُ[١] من المنفعةِ، فعلى المتعدِّي جميعُ القيمةِ، ويكونُ لربِّ الدّابةِ أو السّلعةِ أو العبدِ، ويكونُ ذلك كلُّه للمتعدِّي مُعَاوَضةً قهريّةً. وهنا[٢] فروعٌ تتعارَضُ فيها الأدلَّةُ، فحَكَمَ مالكٌ فيها للمَالِكِ بالتّخيِيرِ، وقد بيّنّا[٣] في «**مسائل الخلاف**» هذه[٤] المآخِذ، والأقوَى عندي فيها مذهبُ الشّافعيّ إن شاء الله.

فروع هذا الباب أربعة:

الأوّل[3]: قوله[4]: «فَإِنَّمَا لِرَبِّ الدَّابَّةِ نِصْفُ الْكِرَاءِ» إِنَّمَا جعل لَهُ النّصف فِي البَدَاءة والنّصف في العودة، بناءً على أنّ قيمتهما سواء لتساويهما في المسافة، وهو الغالب في أحوال المسافات، ولو اختلفت قيمة الكِرَاءِ لرَغْبة النّاس في البَدَاءة والعودة للزم التّقديم.

الفرع الثّاني[5]:

إن ردّها وقد تغيّرت، فلا يخلو أن تكون تغيرت تَغَيُّرًا شديدًا أو هلكت. فإن تغيرت، ففي «**الواضحة**» عن مالك: أنّ من ردّ الدّابة ولم يمسكها إلا يسيرًا، فليس لربّها إلاّ الكِرَاء فقط، إلاّ أن يكون قد نقصها وغيّرها تغيُّرًا شديدًا، فهو مخيَّرٌ بين كِرائها في تلك الأيّام وبين قيمتها. وكذلك لو عطبت في مُدَّة التّعدّي[٥]، والتّعدّي يكون في[٦]

---

(١) ف: «المقصود».

(٢) في القبس: «وينشأ هنالك».

(٣) م، ف، ج: «مهدنا ذلك» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف، ج: «وهذه» والمثبت من القبس.

(٥) في النسخ: «التغير» والمثبت من المنتقى.

(٦) «في» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 265 ـ 266.

(2) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 266.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 266.

(4) 3/ 430 في المكتري يكري من غيره.

(5) 3/ 432 في ما جاء في التعدي في الكراء.

حبسها بعد زمان الكِرَاءِ(١).

الفرع الثّالث[1]:

وأمّا التّعدّي في تجاوزِ المسافة، فمثل أن يكتري دابّة للرُّكوب من مصر إلى برقة، فيركبها إلى إفريقية، فهذا حكمُه في طول الإمساك، وقُربه مثل ما تقدّم في الزِّيادة على زمن الكِرَاء إن ردّها سالمة، فقد رَوَى ابن حبيب عن مالك؛ أنّه إذا لم يُجَاوِز المسافة إلاّ باليسير، فليس لصاحبها إلاّ الكِرَاء بمقدار ما زاد، ولو زاد كثيرًا خُيِّرَ ربّها(٢)، فإن عَطِبَتْ في القليل والكثير فهوضَامِنٌ لها.

الفرع الرّابع[2]:

وأما التّعدّي في الحمل، فعلى وجهين:

أحدهما: الزِّيادة فيه من جنسه.

والثّاني: حمل غير ذلك الجنس.

فأمّا الأول، ففي «**المدوّنة**»[3] فيمَنِ اكترَى دابّة ليحمل عليها أرطالاً، فحمل أكثر فعَطِبَتْ، إن كانت الزِّيادة يُعْطَبُ من مثلها، فلصاحبها الكِرَاء الأوّل وكراء ما تعدّى فيه.

وقال سحنون: إن زاد ولو رطلاً ضمن.

وقال عبد الملك: الفرق بين هذا وبين الزِّيادة في المسافة؛ أنّ مجاوزة المسافة تَعَدٍّ كلّه، فلذلك ضمنها في قليله وكثيره، وزيادة الحمل إذا(٣) اجتمع فيه تعدّ وإذن، فإنْ كانتِ الزِّيادة يعْطَب من مثلها ضمن وإلاّ لم يضمن.

---

(١) في المنتقى: «حبسها بقدر من الكراء، ويكون في أن يتعدّى بها مكان الكراء ويكون في أن يجعل عليها ما لم تكتر له».

(٢) في المنتقى: «ولو زاد كثيرًا فيه الأيّام الّتي تتغيّر في مثلها سوقها من ربّها إن ردّها المتعدّي سالمة على ما تقدم وإن عطبت...».

(٣) «إذا» زيادة من المنتقى.

....

(1) أي ما بلغت القيمة.

(2) انظرها في القبس: 3/ 908. وراجع العارضة: 6/ 236 ـ 238.

(3) انظر الهداية شرح البداية: 1/ 210.

فإذا قلنا: له كِرَاءُ الزِّيادة إن شاء، ففي «المدوّنة»[1]: له(١) أجر مثل القفيز الزّائد ما بلغ، إلاّ أن يكون(٢) مثل قفيز من العشرة(٣) الّتي اكترى عليها.

ووجه ذلك: أنّ له فيه قيمة كراءِ مثلِهِ ما بلغت[2]؛ لأنّه لم يتقدّم فيه عَقْد، والفروع كثيرة اقتصرنا على هذه النّبذة منها، وبالله التّوفيق(٤).

القضاء في المستكرَهَةِ من النّساء

الفقه في ستّ مسائل:

المسألة الأولى[3]:

قال علماؤنا: إذا غَصَبَ الفَرْجَ وجَبَتْ عليه قيمتُه؛ لأنّ ما ضُمِنَ بالْمُسَمَّى(٥) في الصّحيح من العَقْد وبالمِثْلِ في الفاسِدِ، ضُمِنَ بالإتلاف، أصلُه الأعيانُ. ولا تستَمِرُّ لنا هذه المسألةُ مع أبي حنيفةَ وأهلِ الكوفَةِ إلاّ بعدَ القولِ بأنّ منافعَ الرّقابِ مضمونةٌ بالإتلافِ، وفيه خمسةُ أقوالٍ، والصّحيحُ منها أنّ المنافعَ مالٌ، وأنّها مضمونةٌ، سواءٌ تَلِفَت تحتَ اليَدِ العاديَةِ، أو أَتْلَفَها المُتَعَدِّي.

وقال أبو حنيفةَ[4]: منافعُ البُضعِ لا تُقَوَّمُ، وليس المَهْرُ في النّكاح ثمنًا(٦) لها.

قلنا: لو كان هذا صحيحًا لَمَا ضُمِنَتْ بالمِثْلِ في الفاسِدِ.

فإن قيل: ذلك لشُبْهَة(٧) العَقْد.

---

(١) في المنتقى: «ففي قول مالك له».
(٢) م، ف، ج: «ما بلغ ولا يكون» والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف، ج: «الشعير» والمثبت من المنتقى.
(٤) ف: «والله الموفّق».
(٥) م، ف، ج: «بالمسيس» والمثبت من القبس: 18/ 230 (ط. هجر).
(٦) م، ف، ج، القبس: «بمثل» والمثبت من القبس: 18/ 231 (ط. هجر).
(٧) م، ف، ج: «يشبه» والمثبت من القبس.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 268 ـ 269.
(2) في الأم: 3/ 258 (ط. النجار).
(3) انظر آثار أبي يوسف: 134، ومختصر اختلاف العلماء: 3/ 298.
(4) هذه المسألة مع فرعها مقتبسة من المنتقى: 5/ 269.

قلنا: إذا ضُمِنَت بالاستيفاءِ بالشُّبْهَةِ، فأَوْلَى وأَحرَى أن تُضْمَنَ بالإتلاف في اليقين. وقد مهّدنا ذلك في «مسائل الخلاف» فإنّها من المطوّلات[١]، وهذه المسألة لا تُتَصَوَّر إلاّ بأحد ثلاثة أوجهٍ:

الوجهُ الأول: إن ثَبَتَ الزّنا غَصْبًا، فلابدَّ من ثلاثة أحوال: إمّا برَجْمٍ، أو بجَلْدٍ، أو بغُرْمٍ[٢].

الوجهُ الثّاني: إن ثبتَ ذلك بالإقرار، فلابدَّ منَ الحُكْم فيه، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء.

الوجهُ الثّالث: انفردَ به مالك، وهو أن يَشْهَدَ شاهدان أنّه احتمَلها قهرا[٣] حتّى أدخلَها في داره، ثمّ خرجت فقالت: وَطِئَنِي. قال العلماءُ: يُؤدَّب أَدَبًا عظيمًا، وتُحَدُّ هي حدَّ القَذْفِ[٤]، وتُحَدُّ في نفسها حدَّ الزِّنَى كيف ما كانت صفتُها.

وقال مالك: لا تُحَدُّ بهذا، بل تُصَدَّق مع يمينها ويَغْرَمُ المَهْرَ. وهذا مبنيٌّ على قاعدة المصلحة؛ فإنّه لا يَصِحُ أن تُدْخَلَ الدّارَ[٥] قهرًا ثمّ يظهَرَ بها حَمْلٌ فتُرجَمَ أبدًا، فلابدّ أن تقول: إنّه من فلان، وقد ظهَرَ مِنَ الحالِ ما يشهَدُ لها، وقد أوجَبَ ذلك على نفسه تصديقَها فيما يكونُ من حقوقها، ومن حقوقِها المَهْرُ.

المسألة الثّانية[1]:

المستكرهة لا يخلوا أن تكون حُرّة أو أَمَة، فإن كانت حُرّة فلها صَدَاق مِثْلِها على من استكرهها وعليه الحدّ، وبه قال الشّافعيّ[2]، وهو مذهب اللّيث، وقد رُوِيَ عن عليّ - رضي الله عنه -.

---

(١) ف، م، جـ: «الطبوليات» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف: «إما يرجم أو يجلد أو يغرم».

(٣) في القبس: «قسرًا».

(٤) «وتحد هي حدّ القذف» ساقطة من ف. ولعلّ حذفها أَوْلَى. ولو كان الحرف بعدها: «أو» لاستقامت العبارة.

(٥) «أن تدخل الدار» زيادة من القبس.

....

(1) في المنتقى: «وقال ابن حبيب عن أصبغ».

(2) ووجه ذلك: أنّه جرحٌ في الوجهين؛ لأنّه يشين ويزهّد في المرأة، وإن لم يشن الجسد، فلذلك

وقال أبو حنيفة[1] والثوري: عليه الحدّ دون الصَّداق.

ودليلنا: أنّ الحدَّ والصَّداق حقّان: أحدهما لله، والثّاني للمخلوق، فجاز أن يجتمعا، كالقطع في السّرقة وردّها. وقال مالك: سواء كانت حرّة مسلمة أو ذِمِّيَّة أو صغيرة افتضّها.

المسألة الثّالثة[2]:

فإنِ افتضّها بأصبعه، ففي «**الموّازية**» من رواية أبي زيد عن ابن القاسم؛ أنّ ذلك كالجائفة، في ذلك ثُلُث دِيَّتها. قال محمّد: وأحبّ ما فيه إليّ[١] أن ينظر إلى قَدْرِ نقصها عند الأزواج[٢]، مثل أن يكون مَهر مِثْلِها بكرًا مئة وثَيِّبًا خمسون. فيؤدّي ما نقص ذلك. وقال ابن حبيب[3]: لأنّه[٣] جرح وليس بوطىء.

فرع:

فإن كان الّذي افتضّها بأصبعه أو ذَكَرِهِ صبيًّا؟ قال محمّد: فيه[٤] في قولنا الاجتهاد بعد رَأْيِ الإمام وأهل المعرفة، وقد حَكَمَ فيه عبد المَلِك بأربعين دينارًا[4].

المسألة الرّابعة[5]:

فإذا ثبت ذلك، فإنّ النّساء على ثلاثة أضرب: كبيرة، أو صغيرة لا تُمَيِّز، أو صغيرة تُمَيِّز.

فأما الكبيرة، فهذا حكمها إن أُكْرِهَت، وأمّا إن أَمْكَنَت من نفسها، فعليها الحدّ ولا شيءَ لها.

---

(١) م، ف،: «وأقل ما في ذلك»، جـ: «وقال ما في ذلك» والمثبت من المنتقى.
(٢) م، جـ: «الزّواج»، ف: «الزّوج»، والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف، جـ: «أنّه» والمثبت من المنتقى.
(٤) «فيه» زيادة من المنتقى.

....

صرف الأمر فيه إلى اجتهاد الإمام.
(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 269.
(2) 16/ 329 من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب.
(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 269.
(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 269.
(5) تتمة العبارة كما في المنتقى: «مع يمينها».

وأمّا الصّغيرة الّتي لا تُمَيِّز[١]، فحكمها حكم الإكراه على كلّ حالٍ؛ لأنّ تمكينها ليس بتمكين.

وأمّا الصّغيرة الّتي لا تُمَيِّز[٢]، ففي «العُتْبية»[1] من رواية سحنون عن أشهب في الصَّبِيّة تُمَكِّن من نفسها رجلاً: فإن كان مثلُها يخدع[٣]، فعليه الصَّدَاق، وإن كان مثلُها لا يُخْدَع، فلا صَدَاق عليه وإن لم تحض.

المسألة الخامسة[2]:

وبماذا يثبتُ الإكراه، إنْ[٤] قامت بيّنةٌ فهو أقوَى ما فيه، وهذا لا خلافَ فيه، ولا يثبت هذا إلاّ بِالإشهاد[٥]، إشهاد أربعة[٦] أنه[٧] زنا بها مُكْرَهَة، فهذا يلزمه الصَّدَاق لها، ويجب عليه الحدّ بشهادتهم، ولو شهد شاهدان، قال ابنُ القاسم، أو دون أربعة حدّوا بالقَذْفِ، قال أَصْبَغ: لأنّهما قطعًا عليه بالوطءِ.

فرع[3]:

فإن لم يشهد عليه بذلك، ولكنه شهد عليه شاهدان بإقراره، أو أنّهما رَأَيَاهُ أدخلها منزله غَصْبًا، فغاب عليها، فقالت: أصابني. فقال سحنون وابنُ القاسم: لها الصَّدَاق عليه[4]، ورواه محمّد عن مالك. ولا حَدَّ عليها ولا على الشّاهِدَيْنِ.

---

(١) م، ف: «التي تميز»، جـ: «التي لا تسد» وهو تصحيف، ولعلّ الصواب ما أثبتنا.
(٢) م، ف: «التي تميز»، جـ: «التي تسد» والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف، جـ: «توطأ» والمثبت من المنتقى والعتبية.
(٤) م، ف، جـ: «فإذا ثبت الإكراه فإن».
(٥) ف: «الإشهاد».
(٦) في القبس: «إلاّ بشهادة أربعة شهداء».
(٧) جـ: «إذا».

....

(1) اختصر المؤلّف هذا الفرع من المنتقى: 5/ 269 ـ 270.
(2) أي لم ير لها شيئًا.
(3) وهي رواية ابن وهب وابن القاسم عن مالك، كما في المنتقى.
(4) هذه الفائدة مقتبسة من المنتقى: 5/ 270 ـ 271.

ووجه ذلك: قوّة الأمر في البَيِّنَة مع ما بلغته من فضيحة نفسها، فقوّى ذلك دَعْواها واستحقّت بِبَيِّنتها صَدَاقها.

فرع[1]:

فإن نظر إليها النّساء فألفينها بِكْرًا، ففي «الموّازية» قال أشْهبُ: لا شيءَ[2]، قال أَصْبَغُ: وقد قِيلَ: ذَلِكَ لَهَا.

ووجه الأوّل: أن شهادة النّساء تبطلُ ما ادّعَته.

ووجه الثّاني: أن النّساء في ما في أرحامهنّ مُؤتمنات، والحرائر لا يُنْظَر إليهنّ.

فإذا حلفت فاستحقّت الصّدَاق، فلا حدّ على الرَّجل بذلك، رواه سحنون عن ابن القاسم.

وقال مالك في «الموّازية»: يوجع أدبًا إن أنكر.

قال الإمام: ووجه ذلك: أنّ يمينها إنّما يؤثّر في استحقاقها الصَّدَاق. وأمّا وجوب الحدّ عليه فلا تأثير ليمينها فيه؛ لأنّه من حقوق الله فلا يثبت إلا بالبَيِّنَة القاطعة.

فإن قذفت رجُلاً صالحًا، فعليها الحدّ للقَذْف قولاً واحدًا[3]. وإن قذفت غير صالح، فلا حدَّ عليها روايةً واحدةً أيضًا، رواه ابن حبيب عن مالك.

فوجه إثبات الحدّ عليها: أنّ صلاحَهُ يشهد له، ولم يوجد من خُلُوّه بها على وجه التّعدّي منه ما يشهد لها.

المسألة السّادسة[4]:

قوله[5](١): «فَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَلَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ. وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً، فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا» وقد تقدّم الكلام في الحُرَّة، والكلام هُهنا في الأَمَة، وذلك أنّ من وطِىءَ أَمَةَ

---

(١) «قوله» زيادة من المنتقى.

....

(1) أي قول مالك في الموطأ (2147) رواية يحيى.
(2) 11/ 234 من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، ورواية سحنون من كتاب الأقضية.
(3) هذا الفرع مع توجيهه وتنقيحه مقتبس من المنتقى: 5/ 271.
(4) 4/ 382 في الرجل يطأ مكاتبته طوعًا أو غصبًا.
(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 271.

غَيْرِه، فإن أكْرَهَهَا، فلا خلاف في المذهب أنّ عليه ما نقصها بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا، ويريد بالثّمن في هذا الموضع القِيمَة. وفي «العُتْبِيّة»[1] من رواية أشهب عن مالك في الأَمَةِ الفارهة تتعلّق برَجُل تَدّعِي أنّه غصبها نفسها، قال: الصَّدَاق[١] عليه بما بلغت من فضيحتها[٢] نفسها بغير يَمينٍ، كانت بكرًا أو ثيّبًا. وقال: يريد في عدم ما نقصها[٣] في الحدّ. وقد اختلف العلماء في إلزامه نقص الأَمَة وصَدَاق الحُرَّة بهذا.

فرع[2]:

فإن طاوعته، فقال ابن القاسم في «المدوّنة»[3]: عليه ما نقصها. وقال غيره: لا شيء عليه، وهو الصّواب.

توجيه وتنقيح:

أمّا الوجه الأوّل: أنّ الصّداق حقٌّ للسَّيِّد فلا يسقط بإباحة الأَمَةِ، كما لو أباحت له قطع يدها.

ووَجْهُ الثّاني: أنّها محجورٌ عليها. فبإباحتها الوَطْءَ سقط[٤] المَهْر كالبِكْرِ.

فرع[4]:

قوله[5][٥]: «فَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْدًا، فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ، إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ»

---

(١) م، ف، ج: «... نفسها فلا تصدق» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «فضيحة» وهي أسَدّ.

(٣) في النسخ: «وقال يزيد يغرم ما نقصها إلاّ» والمثبت من المنتقى.

(٤) ج: «يسقط».

(٥) «قوله» زيادة من المنتقى.

....

(1) 11/ 234 من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، ورواية سحنون من كتاب الأقضية.

(2) هذا الفرع مع توجيهه وتنقيحه مقتبس من المنتقى: 5/ 271.

(3) 4/ 382 في الرجل يطأ مكاتبته طوعًا أو غصبًا.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 271.

(5) أي قول مالك في الموطأ (2147) رواية يحيى.

ومعنى ذلك: أنّ جنايَتَهُ متعلِّقةٌ برقبته؛ لكن[١] سيِّده مُخَيَّرٌ بين أن يفتكّهُ بالجِناية بالغة[٢] ما بلغت، أو يسلِّمه بفعله[٣] ولا شيء عليه غير ذلك، فيكون مِلْكًا لمن جنَى عليه، وهذا إذا ثبت ذلك عليه بِبيِّنَة.

وقال مالك في «المَوّازيّة»: وما لزمه من صَدَاق الحرّة ونقص الأَمَة، ففي رقبته، ويُقبل إقرارُه فيه بِفَوْرِ[٤] ما فعل، وهي متعلِّقة تدمي، فأمّا ما بَعُدَ من فعله فلا يُقْبَل قولُه[٥] فيما يلحق برقبته[1].

المسألة السّابعة[2]:

فإن كان الواطىء ذِمِّيًا، ففي «الموّازية»: إن أكرهها أنّه يُقتَل، كنقض العهد في المحصنة المسلمة، وقاله اللّيث. وقال محمّد: وقد قتل أبو عُبَيْدَة ذمّيًا استكرَهَ مسلمةً.

وقال سحنون عن ابن القاسم في «العُتْبِيَّة»[3]: إذا اغتصب النّصرانيّ حرّة مسلمة قُتِلَ[4].

وروي عن ابن وهب أنّه قال: إن اغتصبها صلب.

فرع[5]:

فإن قيل: بماذا يثبت اغتصابه لها؟

---

(١) في المنتقى: «لأنّ».
(٢) «بالغة» زيادة من المنتقى.
(٣) «بفعله» ساقطة من: م، والمنتقى، وهي في ف: «الفعله».
(٤) ف، م، جـ: «بقدر» والمثبت من المنتقى.
(٥) ف: «فأما بعد بُعْدِ... قولها»، جـ: «... قولها».

....

(1) ووجه ذلك: أنّ كلّ موضع تستحقّ فيه الحرّة الصّداق بيمينها، فإنّها مستحقّة في رقبة العبد، ولا تأثير لقول العبد، وذلك أنّ إقرار العبد إنما يقبل فيما يتعلّق من الحدود بجسده، فأمّا ما يُخرجه عن مِلْك سيِّده إلى مِلْك غيره فلا يقبل فيه قوله.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 271.
(3) 16/ 330 في سماع يحيى بن عيسى من ابن القاسم وأشهب.
(4) ووجه ذلك: أنّ اغتصابه المسلمة وتغلّبه عليها نقضٌ للعهد وتغليظ لحق الله تعالى، فوجب عليه القتل. انظر المعونة: 2/ 1395.
(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 271.

قال سحنون عن ابنِ القاسم[1]: يثبت ذلك بأربعة شهداء، وقد كان يقول بشاهدين ثمّ رجع إلى هذا، وبه قال سحنون.

ووجه اعتبار الأربعة: ما احتجّ به سحنون: من أنّ القتل لا يثبت إلاّ بالوطءِ ولا يثبت الوطءُ إلاّ بأربعة شهداء.

ووجه الثّاني: أن الاعتبار بالإكراه، ولذلك[١] لو لم يكن الإكراه لم يجب القتل، والإكراه يثبت بشهادة رجلين.

فرع[2]:

فإن طاوعته، فقد قال مالك في «**الموازية**»: تُحَدُّ هي وينكّل هو، والنّكال في هذا مثل ضعفي الحدّ وأكثر جَلْدًا عظيمًا.

وقال ابنُ وَهْبٍ: يجلد حتّى يموت منه.

فرع[3]:

فإن استكره أَمَة مسلمة، قال محمّد: لا يقتل؛ لأنّه لو قتلها لم أقتله بها، وفيه اختلاف، وهذا أحبّ إليّ لما جاء: لا يُقْتَل حُرٌّ بعبدٍ، وقد قال مالك: عليه في الأَمَة ما نقصها في البكر والثّيِّب.

وهذا كلّه فيما يجب عليه بحقّ الإسلام، وأمّا ما يلزمه من الحقّ، ففي «**المدوّنة**» أنّه يردّ إلى أهل دينه[٢].

ووجه ذلك: أنّه إنّما عُقِدَت لهم الذِّمّة لتنفذ بينهم أحكامهم وشرائعهم.

والفروعُ في هذا الباب كثيرة جدًّا؛ لأنّها مسألة عظيمة الموقع، فجئنا بالمشهور من أقاويل العلماء فيها، فَلْيُعْتَمد عليه، والحمد لله.

---

(١) م، ف، جـ: «وذلك» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «أهل ذمته».

....

(1) في العتبية: 16/ 330 ـ 331 في سماع يحيى بن عيسى من ابن القاسم وأشهب.

(2) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 271.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 271 ـ 272. ما عدا الفقرة الأخيرة.

القضاء في استهلاك الحيوان والطّعام

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قوله[2]: «مَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ، أَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ». وهذا على ما قال، وكذلك العُروض كلّها ممّا ليس بمكيل ولا موزون ومعدود.

ومعنى قولنا: «معدود»: أن تستوي آحاد جملته(١) في الصّفة غالبًا، كالبيض والجوز، كما تستوي حبوب القمح والشّعير من(٢) المكيل، وآحاد(٣) العنب الموزون.

فأمّا استهلاك الحيوان والعُروض فعلى ضربين:

أحدهما: أن يستهلك الجملة.

والثّاني: أن يستهلك البعض.

واستهلاكُ الكلِّ على قسمين:

1 ـ أحدهما: أن يتقدّمه غَصْبٌ.

2 ـ *أو لا يتقدّمه غَصْب.

فإذا تقدّم عليه غصب*(٤)، فالضّمان يتعلّق به دون الاستهلاك؛ لأنّه لو انفرد الغَصْبُ لضمن، وقد رَوَى ابنُ وهب عن مالك في «المجموعة» فيمن اغْتَصَبَ عبدًا فمات في وقته من غير سببٍ؛ فإنّه ضامن له لتعدّيه، وقاله ابن القاسم(٥).

---

(١) م، ف، جـ: «يستوي إجارته» والمثبت من المنتقى.

(٢) ف: «في».

(٣) م، ف، جـ: «وأجاز» والمثبت من المنتقى.

(٤) ما بين النجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، وقد استدركناه من المنتقى.

(٥) «وقاله ابن القاسم» ليست من المنتقى فتنبه.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 272 ـ 273.

(2) أي قول مالك في الموطأ (2148) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3010).

المسألة الثّانية[1]:

قال ابنُ القاسم فيمن غَصَبَ دارًا فلم يسكنها حتّى انهدمت: إنّه ضامنٌ لها ولقِيمَتِها، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنّ مَا لاَ يصحُّ نقلُه[2] لا يضمن بالغَصْبِ.

ودليلُنا: أنّ هذا معنى يضمن به *ما ينقل ويحول، فضمن، به*[١] ما لا ينقل، كالإتلاف والاستهلاك. قاله أشهب، وإن هلك بأمر من الله[3].

المسألة الثّالثة[4]:

فيمن غصب أمّ ولد رَجُلٍ فماتت عنده، ففي «**العُتبيَّة**»[5] عن عيسى عن ابنِ القاسم؛ أنّه يضمن قيمتها على أنّها أَمَة لا عتق فيها[٢]. وقال سحنون في «**المجموعة**»: لا يضمنها ويضمن ولدها[6].

تنقيح[7]:

فوجه الأوّل: أنّها محبوسة بالرّق، فضمنت بالغَصْبِ كالأَمَة. ولأنّ ابنها له حكمها، وقد أجمعنا[٣] أنّه يضمن بالغَصْبِ، فكذلك الأمّ.

ووجه الثّاني: أنّه لا يصلح بيعها بوجهٍ، ولا تسلّم في جناية، فلم تُضمَن كالحُرَّة، وفرقُ بينها وبين وَلَدِها؛ بأنّها لا تسلم في الجِنَاية ولا تستخدم، وولدها يُستخدَم ويُسلَّم في الجناية، فالغاصبُ له قد حبسَ منافعه، فلزمه ضمانه.

---

(١) ما بين النجمتين استدركناه من المنتقى.

(٢) ف: «... قيمتها أو قيمة أمة مثلها»، م، جـ: «... قيمتها أو قيمة مثلها» والمثبت من المنتقى.

(٣) جـ: «اجتمعنا».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 273.

(2) وذلك كالأرضين والعقار.

(3) ووجه ذلك: أنّ الغصب تعدٍّ يضمن به الغاصب، فعليه أن يردّ ما غَصَبَ ويسلّمه إلى صاحبه، فإن لم يفعل وفاته ذلك، فعليه بدله من مثل أو قيمة إن كان ممّا لا مثل له.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 273.

(5) 11/ 242 في سماع عيسى من ابن القاسم، من كتاب أوله: يوصي لمكاتَبه بوضع نجم من نجومه.

(6) أي يضمن ولد أم الولد.

(7) هذا التنقيح مقتبس من المنتقى: 5/ 273.

المسألة الرّابعة[1]:

ومن غصب وَدْيًا[2] فغرسها في أرضه فكبرت، ففي «**الموّازية**» عن مالك: أنّ لربّها أخذها، وكذلك الحيوان يكبر فَلِرَبِّه أخذه.

وقال سحنون: إنّما يحكم في النّبات بقَلْعِه إذا كان ممّا يعلق(١)، فإنّه يقلع ويغرس(٢).

أمّا الشّجر، فعندي أنّ الغاصب إن كان قلعها وقد علقت، فإنّ له أن يأخذها أو يضمن القيمة؛ لأنّه ليس على ثقة إن فعلها وغرسها أن تعلق. وإن كان إنّما أخذها مقلوعة، فهي بمنزلة الحيوان لا خِيَارَ له، وإنّما يجب الخيار له في موضع النّقص، وقد قال ابنُ القاسم وأشهب فيمن غصب خمرًا فخلّلها: ليس له إلاّ أخذها خلاً.

وقال أشهب: إلا أن يكون صاحبها ذِمِّيًا، فله أن يأخذها أو يضمنه قيمتها[3] يوم الغَصْب.

ووجه ذلك: أنّها إذا كانت لمسلم فقد زادت بالتّخليل، فلم يكن له إلاّ عين ماله، وإن كانت لذِمّيٍّ فقد نقصت في حقّه، فلذلك كان له الخيار.

المسألة الخامسة[4]:

إذا غاب الغاصب عن(٣) الجارية ولم يعلم أنّه وطئها، فقد رَوَى ابن حبيب عن(٤) ابنِ الماجِشُون ومُطَرِّف: أنّ صاحبها بالخِيَارِ بين أنْ يأخذَها(٥) أو يضمنه قيمتها، قال: وهذا قول مالك(٦) وأصحابه. قال: ولسنا نقول ذلك في الرّقيق المذكور، ولا في

---

(١) ف: «يتعلق»، جـ: «يتعلق به»، م: «يلعق» والمثبت من المنتقى.
(٢) في المنتقى: «وقال سحنون: إنّما يُحكم بقلع النخل إذا كان ممّا يعلّق إن قلعت وغرست».
(٣) م، ف، جـ: «على» والمثبت من المنتقى.
(٤) م، ف، جـ: «. . . روي عن ابن حبيب وابن. . .» والمثبت من المنتقى.
(٥) جـ: «بين أخذها».
(٦) في المنتقى: «. . . قيمتها، قاله مالك».

....

(1) هذ المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 274.
(2) الوَدْيُ، صغار الفسيلة، والفسيلة: النّخلة الصّغيرة تقطع من الأمّ، أو تُقلع من الأرض فتُغْرَس.
(3) يضمنه قيمتها خمرًا كما في المنتقى.
(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 274.

الدّوابّ. ومعنى ذلك: أنّه لا يُؤمن[1] على أن يصيبَها، وذلك ينقص ثمنها. وقال أَصْبَغُ: إنّما ذلك في الجارية الرّائعة.

فرع[2]:

ومن غصبَ شيئًا من ذلك، فوجده صاحبه بغير البلد[3]، ففي «**المجموعة**» من رواية سحنون عن ابنِ القاسم عن مالك: ليس له أن يأخذهم إلاّ حيث وجدهم[4].

وقال أشهب في الحيوان والعُروض: له أن يأخذه حيث وجده، أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه[5].

وأمّا «البَزُّ والعُروض» فربُه مُخَيَّرٌ بين أخذه[6]، أو قيمته حيث غصبه، وقاله أشهب[7].

وقال سحنون: البَزُّ والرّقيق سواءٌ، إنّما له أخذه حيث وجده ما لم يتغيّر في يَدَيْهِ[8].

فإن أخذه في غير البلد[9]، فلا كراء عليه ولا نفقة، ولا على الغاصب ردّها[١] له، قاله أَصْبَغ وأَشْهَب.

---

(١) في المنتقى: «ردّه».

....

(1) أي لا يؤمن على الغاصب.
(2) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 273.
(3) أي بغير ذلك البلد الّذي غصب فيه.
(4) ووجه هذا القول: أنّ هذا مما ينتقل غالبًا بغير مؤنة على النّاقل، فلا مضرّة في ذلك على الغاصب؛ لأنّه لم يتموّن في نقله إلاّ ما كان يتموّن في مقامه، وكذلك صاحبه لا مضرّة عليه في ردّه ولا مؤنته بخلاف العروض.
(5) وجه هذا القول: أنّه مغصوب نقل فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض.
(6) أي أخذه بعينه.
(7) وجه هذا القول: أنّه قد ينقصه نقله من بلد الغصب إلى غيره، وذلك بفعل الغاصب فكان له مطالبته بالقيمة.
(8) وجه قول سحنون: أنّ ما احتجّ به من أنّه نقص لا تأثير له في البدن فلم يوجب الخيار للمغصوب منه كحوالة الأسواق.
(9) أي بغير بلد الغصب.

المسألة السّادسة[1]:

ومن قطع يدَ عبدٍ أو فقأ عينه، قال أشهب[2]: عليه ما نقصه، ويجعل[١] ذلك في حيّز اليسير، قال: وأمّا قطعُ اليدِ في البهائم فيبطل جلّ منافعها، فعليه قيمتها.

وأمّا فقء العين وقطع الأذن أو الذّنب أو كسرها كسرًا يُجْبَر، فإنّ عليه قيمتها[٢]، وقال مالك: عليه ما نقصها.

وأما قطع يد العبد أو فقء عينه، فإنّ[٣] ربّه مخيَّرٌ بين أخذ ما نقصه، أو يضمنه قيمته فيجعله في حيِّز الكثير.

وقال ابنُ حبيب وابن المَاجِشُون[٤] فيمن قطع يدَ عبدٍ، فإن كان صانعًا وعظم قَدْره لصنعته ضمنه، وإن لم يكن صانعًا فقيمته ما نقصه وإن كان تاجرا نبيلاً. وأمّا فقء العين ففيه ما نقصه وإن كان صانعًا.

فرع[3]:

وأمّا إذا كان الفساد كثيرًا، فقد قال ابنُ القاسم: فيه القيمة[٥]؛ لأن قطع اليد قد أذهبت[٦] أكثر منافعه ففيه القيمة.

فرع[4]:

وأما إذا كَثُر الفساد في الثّوب والعبد إذا كان[٧] له تضمينه بكثرة الفساد، فليس له

---

(١) في المنتقى: «فجعل» وهي أسدّ.
(٢) في المنتقى: «عليه ما نقصها».
(٣) في النسخ: «انّ» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.
(٤) في المنتقى: «وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون» وهي أسد.
(٥) الّذي في المنتقى: 5/ 275: «. . . فقد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة والموازية فيمن كسر قصعة أو سرجًا أو قمقمًا أو شقّ ثوبًا أنّ في النّقص الكثير قيمته».
(٦) ج: «بقطع اليد قد ذهبت».
(٧) م، ج: «فإن»، ف: «كان» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 275.
(2) قاله في «المجموعة» و«الموازية» كما صرح بذلك الباجي في المنتقى.
(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 275.
(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 276 وهو فيه من قول أشهب.

أن يأخذه وما نقصه، وإنّما له أخذه على حاله أو قيمته، وكذلك ذابح[١] الشّاة فليس لصاحبها أن يأخذها لحمًا وما نقصها.

فرع[1]:

ومن غَصَبَ قمحًا فطَحَنَه، قال ابنُ القاسم[2]: عليه مثله.

وقال أشهب: يأخذ دقيقه ولا شيء عليه في طحنه[٢].

قال الإمام: وأصلُ ابن القاسم مخالف لأصل أشهب، وذلك أنّ ابنَ القاسم يقول: إنّ الغَاصِب إذا صنع فيما غَصَبَ صناعةً، لم يكن للمغصوب أن يأخذ ذلك، إلا أن يدفع إلى الغَاصِب قيمة تلك الصّناعة، وإلاّ ضمنه ما غصبه، فإن كان ثوبًا صبغه، كان لصاحبه أن يدفع إليه قيمة صبغه أو يضمنه قيمة ثوبه.

فرع[3]:

ومن غَصَبَ عمودًا أو خَشَبَةً فأدخلها في بنيانه، فلصاحبها أن يأخذها وإن خَرِبَ البنيان، قاله مالك وأشهب وابن القاسم. ولو عَمِلَ الخَشَبَة باباً لم يكن له أخذه، قال مالك: لأنّه لا يقدر أن يُعيدَه إلى ما[٣] *كان عليه، وعلى قول أشهب قد انتقل عن اسم الخشبة إلى اسم الباب، وليس له أخذ الباب*[٤] دون غرم قيمة الصّنعة، ولا أن يأخذه ويدفع قيمته؛ لأنّه قد حال إلى غير ما كان عليه. وكذلك الحِنْطَة تُتَّخَذ خبزًا والجلد خِفَافًا.

---

(١) في النّسخ: «ذبح» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «طحينه».

(٣) م، ف، ج: «إلى ما أخذه» والمثبت من المنتقى.

(٤) ما بين النجمتين سقط من النسخ المعتمدة، ونرجح أنه سقط بسبب انتقال نظر بعض النُسّاخ، وقد استدركناه من المنتقى.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 277.

(2) قاله في «المجموعة» كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 277.

فرع[1]:

ومن غَصَبَ فضَّة فصاغها حليًا أو ضربها دراهم، أو دراهم فصاغها، أو حليًا فكسره وصاغ منه *آخر يخالفه، أو نُحَاسًا فصنع منه*(١) آنيةً أو حديدًا، فعمل منه سيوفًا، فقال ابنُ القاسم وأَشْهَب: ليس لربّه أخذ ذلك وله مثل وزن(٢) فضّته(٣) ونُحاسِه وحديده، أو مثل دراهمه وقيمة حليّه.

القضاءُ فيمنِ ارتدَّ عن الإسلام

وَقَالَ[2] فِي حَدِيثِ الرَّجُلِ الَّذِي قَدِمَ عَلَى عُمَرَ مِنْ قِبَلِ أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ. فَسَأَلَهُ عَنِ النَّاسِ. فَأَخْبَرَهُ. فَقَالَ عُمَرُ: هَلْ فِيكُمْ مِنْ مُغَرِّبَةٍ؟ فَقَال: نَعَمْ، رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلاَمِهِ. فَقَالَ: فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ؟ قَالُوا: قَرَّبْنَاهُ فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ. فَقَالَ عُمَرُ: هَلاَّ حَبَسْتُمُوهُ ثَلاَثًا، وأَطْعَمْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفًا، واسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيُرَاجِعُ الإِسْلاَمَ. اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَحْضُرْ، وَلَمْ آمُرْ، وَلَمْ أَرْضَ، إِذْ بَلَغَنِي.

الإسناد:

قال الإمام: قد قدَّمَ مالك في صَدْر هذا الباب حديثين صحيحين: أحدُهما مُرْسَلٌ، عن زَيْد بن أَسْلَمَ؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «مَنْ بَدَّلَ(٤) دِينَهُ فَاضرِبُوا عُنُقَهُ»[3]. قال

(١) ما بين النجمتين مستدرك من المنتقى لاحتمال سقوطه بسبب انتقال نظر الناسخ.
(٢) م: «مثل الاسلم وزنة».
(٣) ف: «مثل ورقه».
(٤) في الموطّأ: «غيّرَ».

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 278.
(2) مالك في الموطأ (2152) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2986)، وسويد (303)، والشافعي في مسنده: 321، وفي الأم: 1/ 258 (ط. النجار)، وابن بكير عند البيهقي: 8/ 206.
(3) أخرجه مالك في الموطأ (2151) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (1761، 2987)، وسويد (304)، والشافعي في مسنده: 321، وابن وهب في كتاب المحاربة من الموطّأ: 50.
يقول ابن عبد البر في الاستذكار: 22/ 136 «هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ مرسلاً، وقد رُوِيَ فيه عن مالك بإسنادٍ مُنْكَرٍ عن نافع عن ابن عمر، لا يصحّ به». =

يحيى[1]: سمعتُ مالكًا يقول: مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ[2]. وإنّما قدّمنا الحديث الأوّل لما فيه من العلوم.

عربية[3]:

اختلفَ الرّواةُ في ضبط هذا الحرف:

فبعضهم يرويه بتخفيف الرّاء يعني: غريبة خَبَرٍ، من الخَبَر الغريب، وهو الخبر الحادث المجهول[4].

وبعضهم يرويه: مُغَرِّبَة خَبَر ـ بتشديد الرّاء ـ.

وبعضهم بتخفيفها وجزم الغين.

قال ابنُ حبيب[5]: والصّوابُ مُغْرِبَةٌ بتخفيف الرّاء «وليست مُغَرِّبَةُ بالتّشديد» كما قال أبو عُبَيْد[6]. وأصلُها فيما نرى(١) من الغَرْبِ وهو البُعْد: «لأنّ المغرّبة بالتشديد هي الّتي تنحو ناحية الغرب، كما تقول: مُشَرِّقَةٌ في الّتي تَنْحُوا ناحيةَ المشرِقِ»[7].

واللّفظُ الثّاني قوله: «خبر» يُرْوَى بحذف التّنوين وخفض خبرٍ على النّعت، ويجوزُ

---

(١) م: «يرى»، جـ: «ترى».

....

= ويقول في التمهيد: 5/ 304 «والحديث معروف ثابت مسندٌ صحيح من حديث ابن عباس» قلنا: وحديث ابن عباس أخرجه البخاري (3017، 6922).

(1) في موطئه: 2/ 280.

(2) الذي في الموطأ: «ومعنى قول النبي ﷺ فيما نرى ـ والله أعلم ـ: من غَيَّرَ دينه فاضربوا عنقه. . .».

(3) الظّاهر ـ والله أعلم ـ أن المؤلّف اقتبس كلامه في العربية من تفسير الموطأ للبوني 101/ ب، الذي اعتمد بدوره على ابن حبيب.

(4) هذا القول هو لعبد الملك بن حبيب في تفسيره لغريب الموطأ: الورقة 105 [2/ 9].

(5) في تفسيره لغريب الموطّأ: الورقة 105 [2/ 9 ـ 10]، وقد جعلنا كلام ابن حبيب بين المعقوفتين حتى يتميز عن كلام غيره.

(6) الّذي في تفسير غريب الموطّأ: «كما يقول من لا يعرف» وفي تفسير الموطأ للبوني: «كما قال قائل»، وانظر غريب الحديث لأبي عبيد: 3/ 279.

(7) قال ابن حبيب عقب هذا الكلام: «فافهم هذا، وهكذا حَدّثنيها مُطَرِّف وابن [في الأصل: وان] الماجشون عن مالك: مُغْرِبة خبرٍ ـ بتخفيف الرّاء ـ وفسّرها كما فسّرتها لك» شرح غريب الموطأ: الورقة 105 [2/ 10].

(8) انظره في القبس: 3/ 909 ـ 910.

رفع خبر على الابتداء وخبره في المحذوف.

الأصول:

قال[1] الإمام: ثبتَ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[2] من كلِّ طريقٍ، وهو عامٌّ في كلِّ مُبَدِّلٍ، لقوله: «مَنْ» وهي من ألفاظ العموم، وقد شَهِدَت له القاعدةُ بالاستمرارِ على الشُّمولِ. فلذلك قلنا: إنّ المرأة إذا ارتدّت تُقتل، وبه قال الشّافعيّ[3].

وقال أبو حنيفة[4]: لا تُقْتَلُ؛ لأنّ عاصِمَها معها وهو الأنوثيّة[١]، ألا ترى أنّها لم تُقْتَلُ في الكُفرِ الأصليِّ، فكذلك في الطارىء.

قلنا: قد حقّقنا هذه المسألة في «التّلخيص»[٢] وغيره، وقد بيّنّا أنّ عاصِمَها ليست الأنوثيّة[1]، وإنّما عاصِمُها في الأصل أنّها مال يُسترَقّ، وقد بَطَلَ ذلك بالرِّدَّة.

اعتِرَاضٌ:

فإن قيل: هذا الحديثُ لا حُجَّةَ فيه، فإن رَاوِيهِ[٣] ابن عبّاس وكان يُفْتِي بأنّ المرتدّة[٤] لا تُقْتَل[5]، والرّاوي إذا أفتى بخلاف ما رَوَى سقطت روايتُه.

قلنا: هذا سؤالٌ فاسدٌ؛ لأنّهم بَنَوْه على مذهبهم، وعندنا أنّ الرّاويَ في مخالفة روايته كسائرِ النّاسِ[6]، وهي مسألةٌ أصوليةٌ، وقد أوضحناها في «الكتاب الكبير»[٥] وبيّنّا

---

(١) القبس: «الأنوثة».

(٢) ف، ج: «التخليص».

(٣) ف، ج: «رواية».

(٤) في النسخ: «المرتدّ» ولعلّ الصّواب الذي يناسب السياق ما أثبتناه.

(٥) في القبس: «كتب الخلاف».

....

(1) رواه البخاري (3017) من حديث ابن عباس.

(2) في الأم: 1/ 258 (ط. النجار)، وانظر الحاوي الكبير: 13/ 155.

(3) انظر مختصر الطحاوي: 259، والمبسوط: 10/ 108.

(4) رواه عبد الرزاق (18731)، وابن أبي شيبة (28994)، (32773).

(5) الذي قَرَّرَهُ المؤلِّف في المحصول في علم الأصول: 35/ب هو قوله: «[إذا] أفتى = [الراوي] بخلاف ما رَوَى، أو ردَّ الحديث أصلاً، قال أبو حنيفة والقاضي [الباقلاني] وأحد قولي

أنهم قد نقضوا هذا الأصل، وأخذوا بمسائلَ أفتَى فيها الرّاوي بخلافِ ما رَوَى، فلتُطْلَبْ(١) هنالك.

وتعلّق الشّافعيُّ بعموم هذا الحديثِ فيمن خرجَ عن دِينِ اليهوديّة إلى دِينِ النّصرانيّة، فقال: إنّه يُقتَل أخذًا بعموم الحديث(٢).

قلنا: إنّما معنى الحديث: من بَدَّل دِينَ الحقِّ بسواه[1].

والدليلُ عليه: أنّه لو رجع الإنسانُ من النّصرانيّة إلى الإسلام لم يُقتَل، وإن كان بدّل دينه؛ لأنّه بدَّلَ دِينَ الباطل بدِينِ الحقّ، ونحن لم نعاهِدْهُم على صحّة دِينِهم، إنّما عاهدناهم ألاّ يُتَعَرَّضَ لهم، وقد زَلَّ بعضُ علمائنا فيها، فوافقَ قولَ الشّافعيِّ فيها، وليس بشيءٍ، فلا يُلْتَفَتُ إليه.

الفقه في ثمان مسائل:

المسألة الأولى[2]:

اختلفَ العلماءُ هل تجِبُ استتابةُ المرتدِّ أم لا؟ اختلافًا متباينا: فمنهم من تعلّق

(١) م، ف، ج: «فبطلت» والمثبت من القبس.

(٢) م: «فقال: هذا بعموم»، ف: «فقال: إنه يسأل أهل هذا بعموم»، ج: «فقال: هذا لعموم» والمثبت من القبس.

....

مالك: يسقط الحديث؛ لأنّ ذلك تهمة فيه، واحتمال أن يكون قد سمع ناسخه، إذ لا يظُنّ به غير ذلك. وقال الشافعيّ ومالك: الحديث مقدَّمٌ على فتواه، وهذا هو الصحيح ومثاله: ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنّه قال: «من بدّل دينه فاقتلوه» ثم أفتى بأن المرتدّة لا تُقتل، فخصّ الحديث في فتواه. وإنّما قلنا ذلك؛ لأن الحديث إذا كان عرضة للتأويل، فراويه وغيره في ذلك سواء، وإنّما يتفاضلون بصحّة السماع وجودة القريحة، وذلك ممّا لا يقدحُ في النّظر، ولا يؤثّر في طريق الاجتهاد». وانظر العارضة: 2/ 171، 6/ 832.

(1) وفي هذا المعنى يقول القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 181 «وهذا الحديث إنما هو فيمن بدّلَ دينه من أهل الإسلام، لا فيمن خرج من يهودية إلى نصرانية، ولا من نصرانية إلى مجوسية. فمن خرج من الإسلام إلى الكفر وأظهره فإنه يستتاب، فإن تاب وإلاّ قُتِلَ».

(2) انظر الفقرة الأولى من هذه المسألة في القبس: 3/ 910، وباقي المسألة اقتبسه المؤلّف من تفسير الموطأ للبوني: 101/ ب.

(3) الذي رواه مالك في الموطأ (2152) رواية يحيى.

بمُطْلَقِ الحديثِ، ومنهم من تعلّقَ بقول عُمَرَ[1]، وإنّه لَيَظْهَرُ فيها(١) الاستحبابُ. فأما الإيجابُ فَبَعِيدٌ(٢) دليلُه؛ لأنّ معاذًا وأبا موسى الأشعري خالَفَا عمرَ - رضي الله عنه - وسائرَ الصّحابة، منهم من سَكَتَ، ومنهم من خَالَفَ، فتنقَطِعُ الحُجّةُ ولا يبقَى إلاّ ما ظَهَرَ مِنَ المعنى، وهو أنّه يُسْتَأْنَى به لَعَلَّهُ قد ارتدّ بشُبْهَةٍ فتُبَيَّنُ له، فإن عادَ وإلاّ قُتِلَ، وهذا الاحتمالُ إنّما يَسْتَقِلُّ(٣) بالاستحبابِ، وليس يَقْوَى باقتضاءِ الإيجابِ.

وأمّا[2] من رأى استتابته، فمالكٌ وأصحابه.

والحُجّة لهم في ذلك قولُ عمرَ.

وحجّةُ من لم ير ذلك: مطلق الحديث: «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ».

وذكر البخاريُّ في «كتابه»[3] أنّ رسول الله ﷺ بعث مُعَاذ بن جبل إلى اليمن وأرْدَفَهُ أبا موسى الأشعريّ: فوجد عنده رجُلاً موثوقًا في الحديد، فسأله عن ذلك؟ فقيل: رَجُلٌ كفر بعد إسلامه. فقال أبو موسى: لا أجلسُ حتّى يُقْتَلَ بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

قال قومٌ: فهذا الدّليل على قتل المرتدّ ولا يستتاب.

وقد رُوِيَ عن عليّ بن أبي طالب أنّه أُتِيَ برَجُلٍ من بني عجل(٤) قد كَفَرَ بعدَ إسلامِه، فَكَلَّمَهُ عليٌّ وَعَاتَبَهُ، فَقَالَ: لاَ أَدْرِي مَا تَقُولُ، غَيْرَ أَنَّ عِيسَى ابنُ الله. قال: فتوطأه عليّ[4].

فهذا يدلُّ على قتله ولم يَستَتِبْهُ. والّذي يدلّ على أنّ الاستتابةَ من عمر إنّما هي على وجه الاستحباب[5].

---

(١) «فيها» زيادة من القبس.

(٢) في القبس: «فيعجز».

(٣) في القبس: «يسقط».

(٤) في النسخ: «عجلان» والمثبت من تفسير الموطأ للبوني والمصادر.

....

(1) من هنا إلى آخر المسألة مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 101/ ب.

(2) الحديث (6923).

(3) أخرجه ابن الجعد في مسنده (2335)، ومن طريقه البيهقي 6/ 254.

(4) الذي في تفسير الموطأ للبوني: «والذي يدلّ أنّ الاستتابة إنما هي استحسان للإبلاغ، والله أعلم».

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 282.

المسألة الثانية[1]:

ومن انتقل إلى غير دِينِ الإسلام، لا يخلو أن يُسرَّ كُفرَهُ أو يُظهِره، فإن أَسَرَّهُ فهو زنديقٌ لا يستتاب ولا تُقْبَل توبتُه. قال محمّد: من أظهر كُفرَهُ من زندقة أو كفر برسول الله أو غير ذلك ثمّ تاب، قُبِلَتْ توبتُه[2]، وبه قال الشّافعيّ[3].

ودليلُنا: قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوٓا ءَامَنَّا بِٱللَّهِ وَحْدَهُۥ﴾ الآية[4].

وقال جماعة المفسِّرين: البأسُ هٰهنا السّيف.

واحتج مالك لذلك[١] بأنّ توبة الزّنديق لا تُعْرَف.

فرع[5]:

فإن أقرّ الزّنديق بكُفرِه قبل أن يظهر عليه، فهل تقبل توبته أم لا ؟

فقال أَصْبَغُ في «العُتْبِيّة»[6] عسى أن تُقْبَل، وحكَى ابنُ القصّار ذلك.

فرع[7]:

ومن تزندقَ من أهل الذِّمّة، ففي «الواضحة» عن مالك وابن عبد الحَكَم وأَصْبَغ أنّه لا يقتل؛ لأنّه خرج من كفرٍ إلى كفرٍ.

وقال ابن المَاجِشُون: يُقتل لأنّه دِينٌ لا يقرّ عليه أحدٌ ولا تُؤخذ عليه جِزْيَة.

وقال ابنُ حبيب: ولا أعلم من قاله غيره.

---

(١) «لذلك» استدركناها من المنتقى.

....

(1) الظّاهر أنّه سقطت هٰهنا فقرة بسبب انتقال نظر بعض النّساخ، وإليكموها كما هي في المنتقى: «. . . توبته، وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه: يُقتَل الزّنديق ولا يُستتاب إذا ظهر عليه. قال سحنون: إن تاب لم تقبل توبته، وهذا أحد قولي أبي حنيفة، وله قول آخر: تقبل توبته، وبه قال الشافعي. . .».

(2) انظر الحاوي الكبير: 13/ 151.

(3) غافر: 84.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 282.

(5) 11/ 444 في سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم، من كتاب الحدود.

(6) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 282.

(7) هذ الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 282.

ويحتملُ أن يريدَ بالزّندقة هنا الخروج إلى غير شريعة، مثل التّعطيل ومذاهب الدُّهْرِيَّة.

ويحتملُ أن يريد الاستسرار(١) لما خرج إليه والإظهار لما خرج منه، والأوّلُ أظهرُ عندي.

فرع[1]:

وإذا أسلم اليهوديُّ الّذي تزندقَ، فَرَوَى أبو زَيْد الأندلسي عن ابنِ المَاجِشُون أنّه يُقتَل، كالمسلم يتزندق ثمّ يتوب.

فرع[2]:

«وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنَ الإسْلاَمِ إِلَى غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ يُسْتَتَابُ، فَإِنْ تَابَ وَإِلاَّ قُتِلَ[3]»، وبه قال عمر وعثمان وعليّ.

المسألة الثالثة[4]:

قال علماؤنا[5]: ولا عقوبةَ عليه إذا تاب، رواه في «العُتْبِيَّة»[6] و«المَوَّازِيَّة» أشهب عن مالك.

ودليلُنا قولُه تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓا إِن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ الآية[7]. ومن جهة المعنى: أنه منتقل من كفرٍ إلى إيمان، فلم تجب عليه عقوبة لما تقدّم من الكفر، كالنّصرانيّ يُسْلِم.

---

(١) م، ف، جـ: «الاستمرار» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 282.

(2) هذا من قول مالك في الموطأ (2151) رواية يحيى.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 282.

(4) المراد هو الإمام الباجي.

(5) 16/ 378 في سماع أشهب وابن نافع عن مالك، من كتاب الأقضية.

(6) الأنفال: 38.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 282 ـ 283.

المسألة الرّابعة[1]:

قال جماعة: يستتابُ ثلاثة أيّام، وهو أحد قولي الشّافعيّ[2]، وله قولٌ آخر أنّه يستتاب في الحال، فإن تاب وإلاّ قُتِلَ. وقد رواه ابنُ القصّار عن مالك.

ورُوِيَ عن أبي حنيفة[3] أنّه يستتابُ ثلاث مرّات في ثلاثة أيّام وثلاث جُمَعٍ.

ودليلُنا: أنّه من قُبِلَتْ توبتُه، عُرِضَتْ عليه كسائر الكفّار.

فرع[4]:

قال علماؤنا[5]: وليس في استتابته تخويفٌ في قول مالك.

وقال أَصْبَغُ: يُخوِّفُ في الثّلاثة بالقتل ويُذَكِّر الإسلام.

ووجه قول مالك: أنّ هذا إكراهٌ بنوع من العذاب، فلم يُؤْخَذ به في الاستتابة، كالضّرب والقطع.

فرع[6]:

والعبدُ والحرُّ والمرأةُ في ذلك سواءٌ، قاله مالك والشّافعيّ[7].

وقال أبو حنيفة[8]: لا تقتل المرأة، وقد تقدّم الكلامُ عليه.

والحجّة عليه: قوله: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وهذا عَامٌّ.

ومن جهة القياس: أنّه سببٌ يُقْتَلُ به الرَّجل فجازَ أن تُقْتَل به المرأة، كالقتل.

المسألة الخامسة[9]:

قوله[10]: «هَلْ مِنْ مُغَرِّبَةِ خَبَرٍ؟» سأله أَوّلاً عن المعهود من الأحوال وما يعمُّ

....

(1) انظر الحاوي الكبير: 13/ 158.

(2) انظر مختصر الطحاوي: 258، والمبسوط: 10/ 98.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 283.

(4) المراد هو الإمام الباجي.

(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 5/ 283.

(6) انظر الحاوي الكبير: 13/ 155.

(7) انظر مختصر الطحاوي: 259، والمبسوط: 10/ 98.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 283 ـ 284.

(9) أي قول عمر ـ رضي الله عنه ـ في الموطأ (2152) رواية يحيى.

(10) أي قول عمر في الموضع السابق.

النّاس، ثمّ سأله عمّا عسى أن يطرأ ممّا يُسْتَغْرَب[١]، فأخبره أنّ رَجُلاً كفر، وهذا يقتضي أنّ هذا كان نادرًا عندهم، ولذلك حكَمَ فيه أبو موسى بحكمٍ مخالِفٍ لما رواه عمر.

وقوله[1]: «فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ» ولم يذكر استتابته، وقد كان يحتمل في أن يقتل بعدها، ولكن عمر فهم منه تركها، وقدِ احتجَّ علماؤُنا على وجوبها بقول عمر هذا وأنّه لا مخالفَ له، وهذا لا يصحّ إلاّ بأحد وجهين: إمّا أن يُحْمَل فعلُ أبي موسى على أنّه قُتِلَ بعد الاستتابة، ولعلّ النّاقل للخبر لم يعلم بهذا، وإن ثبت رجوعُ أبي موسى ومن وافقه، وإلاّ فخلافُه يمنع انعقاد الإجماع على قول عمر.

المسألة السّادسة[2]:

قوله[3]: «هَلاَّ حَبَسْتُمُوهُ ثَلاَثًا» يحتمل أن يأخذها من قول الله تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ الآية[4]، ولأنّها قد جعلت أصلاً في الشَّرع في اعتبار معانٍ[٢] في المُصَرّاة والاستظهار والعدّة[٣]، وغير ذلك.

وأمّا قولُه[5]: «هَلاَّ أَطْعَمْتُمُوهُ رَغِيفًا» ورُوِيَ عن ابنِ القاسم[6] أنّه قال: ليس العملُ على قول عمر، ولكن يطعم ما يكفيه ولا يجوع، وإنّما يطعم من ماله.

وقال ابن مزين: يعني بغير تَوَسُّعٍ ولا تَفَكُّهٍ[7].

وقال مالك[8]: يقوت من الطعام بما لا يضرّه.

---

(١) ج: «استغرب»، وفي القبس: «من الأمور التي تستغرب».

(٢) في المنتقى: «... معان واختيارها».

(٣) في المنتقى: «وفي استظهار المستحاضة وعهدة الرّقيق».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 284.

(2) أي قول عمر في الموطّأ بلفظ: «أفلا...».

(3) هود: 65.

(4) أي قول عمر.

(5) رُوِيَ في «المَدَنِيَّة»، كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى، كما أورده البوني في تفسير الموطأ: 101/ ب نقلاً عن ابن مزين.

(6) أورده البوني في المصدر السابق نقلاً عن ابن مزين، بلفظ: «في غير تنعم...».

(7) في «الموازية» كما نصّ على ذلك الباجي.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 284.

وإنّما أراد ابنُ القاسم بقوله: «ليس العمل على قول عمر» ألا يجعل ذلك حَدًّا، ولم يرد عمر ذلك، وإنّما أشار إلى قِلَّةِ مؤنته ويسارة وراثته[١] في ماله إن كان له مال، أو بيت المال إن لم يكن له مال.

المسألة السّابعة[1]:

قوله[2]: «اللّهُمَّ إنّي لَمْ أَحضُرْ، وَلَمْ أَرضَ إِذْ وَصَلَنِي[٢]». فإنّه تبرّأ من الأمر وصرّح بخطإِ فاعله، ولا يكون ذلك إلاّ بنصٍّ من النّبيّ ﷺ أو إجماع بعده. وقد قال سحنون: إن أبا بكر استتاب أهل الرِّدَّة.

وقد رَوَى عيسى عن ابنِ القاسم؛ أنّ الصِّدّيق استتاب أمّ قرفة إذ ارتدّت فلم تَتُبْ فقَتَلَهَا، فلعلّه قد عَلِمَ بانعقادِ الإجماعِ[٣] على ذلك[3]، وفعلَ أبو موسى غير ذلك[٤] فأنكره عليه، وإلاّ فإذا كان أبو موسى من أهل الاجتهاد، وحَكَمَ باجتهاده فيما لا نصَّ فيه ولا إجماع، لم يبلغ عمر من الإنكار هذا الحدّ، ولو لم يجز[4] له ذلك، لما جاز أن يولّيه الحُكْم[٥] حتّى يطالعه على قصّتِه[٦]، وفي هذا من فساد الأحوال والتّوقُّف ما لا خَفَاءَ فيه[٧].

---

(١) م، ف، جـ: «مؤنته وإذايته» والمثبت من المنتقى.

(٢) في الموطأ: «بلغني».

(٣) م، ف، جـ: «الانعقاد بالإجماع» والمثبت من المنتقى.

(٤) م، ف، جـ: «. . . ذلك، ثم رأى أبو موسى ذلك».

(٥) م، ف، جـ: «أن يوجه عمر» والمثبت من المنتقى.

(٦) في المنتقى: «قضيته».

(٧) في النسخ: «عليه» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أي قول عمر في الموطأ.

(2) في زمن أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه.

(3) أي لأبي موسى.

(4) في الموطأ (2154) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2983)، وسويد (301)، والشافعي

القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً

قال الإمام: أدخل مالك[1] حديث ابن المُسَيِّب؛ أَنَّ رَجُلاً مِنْ أَهْلِ الشَّامِ، وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً فَقَتَلَهُ وَقَتَلَهَا؛ فَأَشْكَلَ عَلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ. فَكَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ يَسْأَلُ لَهُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ. الحديث.

الإسناد:

قال الإمام: قد تبيّن[١] أنّ هذا حديث مُرْسَلٌ من مَراسيل ابن المُسَيِّب، والأحاديثُ في هذا الباب عزيزةٌ جدًّا.

حديث سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ[2]، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ [3]وهو حديثٌ انفرد به سُهَيْلُ بنُ أبي صالحٍ[4]، وهذه ترجمةٌ لم يُدْخِلِ البخاريُّ منها شيئًا، مع إدخالِ مالكٍ لها. أمّا إنّ البخاريَّ ذَكَرَ منها في الاستشهاد أحاديثَ، يذكُرُ الأحاديثَ من أصلها ثمّ يقول[5]: «رواه سُهَيْل بن أبي صالح، عن أبيه عن أبي هريرة»، فَيُورِدُه[٢] متابعةً لا أصلاً[٣]. وأدخلَهُ مسلمٌ

---

(١) م: «قد قدّمنا».
(٢) م: «فيردده».
(٣) م: «لا صفة»، ف، جـ: «لا صلة»، والمثبت من القبس.

....

في مسنده: 276، 362، وابن بكير عند البيهقي: 8/ 337.

(1) في الموطأ (2153) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (1762، 2982)، وسويد(301)، وابن القاسم (441)، والقعنبي عند الجوهري (429)، والشافعي في مسنده: 201، 379، والطباع عند أحمد: 2/ 465، وقتيبة بن سعيد عند النسائي في الكبرى (7333)، ومطرف عند ابن الجارود (787).

(2) من هنا إلى آخر كلامه في الإسناد ورد بالقبس: 3/ 911 ـ 912.

(3) يقول ابن عبد البر في التمهيد: 21/ 254 «وزعم أبو بكر البزّار أنّ مالكاً انفرد بحديثه عن سهيل في هذا الباب، وأنّه لم يروه غيره، ولا تابعه أحدٌ عليه. وأظنّه لما رأى حماد بن سلمة قد أرسله وأسنده مالك، ظنّ أنّه انفرد به، وليس كما ظنّ البزار... ولو لم يروه أحد غير مالك ـ كما زعم البزّار ـ ما كان في ذلك شيء، لكن أكثر السُّنَن والأحاديث قد انفرد بها الثقات، وليس ذلك بضائر لها ولا لشيء منها، والمعنى الموجود في هذا الحديث مجتمع عليه، قد نطق به الكتاب الحكيم، وقد وردت به السنة الثابتة، واجتمعت عليه الأمّة، فأيّ انفراد في هذا؟ وليت كلّ ما انفرد به المحدثون كان مثل هذا».

(4) في صحيحه (6408).

(5) الحديث (1498) برقم فرعي (15).

(6) الحديث (1498) برقم فرعي (14).

أصلا[1]، فذكر حديث مالك بلفظه، ثمّ أدخله من طريق عبد العزيز بن محمّد الدّراوَرْدِيّ، عن سُهَيْلٍ[2]، قال فيه: يَا رَسُولَ اللّهِ، أرَأيْتَ رَجُلاً وَجَدَ مَعَ امْرَأتِهِ رَجُلاً أيَقْتُلُهُ؟ قَالَ: «لاَ». قَالَ سَعْدٌ: بَلَى وَالَّذِي أكْرَمَكَ بِالْحَقّ. فَقَالَ[(١)] النّبِيُّ ﷺ: «انْظُرُوا[(٢)] إلَى مَا يَقُولُ سَيِّدُكُمْ».

وأدخله أيضًا من طريق سُليمانَ بنِ بلالٍ، عن سُهَيْلٍ[3]، قال فيه: لَوْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأتِي رَجُلاً لَمْ أمَسَّهُ حَتّى آتِيَ بِأرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟! قال رسولُ الله ﷺ: «نَعَمْ»، قال: كلا وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقّ، إنْ كُنتُ لأُعَاجِلُه بِالسَّيْفِ.

قال الْبَرْقَانِيُّ[(٣)][4]: لَمُعَالِجُهُ[(٤)].

وقال الْجَوْزَقِيُّ[(٥)][5]: لأُعَاجِلُهُ.

قال رسولُ الله ﷺ[6]: «انْظُرُوا إلَى مَا يَقُولُ سَيِّدُكُمْ إنَّهُ لَغَيُورٌ، وَأنَا أغْيَرُ مِنْهُ، واللَّهُ أغْيَرُ مِنّا» وهذه المراجعةُ من سَعْدٍ لرسولِ الله لم تكن على معنى الرّدِّ، وإنّما رَجَا بها التّثَبُّتَ[(٦)] في المراجعة وطَلَبَ[(٧)] المَخْرَجِ، لعلّ الله أن يَفْتَحَ فيه، فكان سؤالاً مُكَرّرًا، لا ردًّا لقول النّبيّ ولا آبايَةً لَهُ.

كما رُوِيَ عن هلالِ بن أُمَيّةَ في حديثه الّذي فيه؛ أنّه قال لرسولِ الله ﷺ: الرّجُلُ يَجِدُ مَعَ امْرَأتِهِ رَجُلاً، إنْ *تَكَلَّمَ جَلَدْتُمُوهُ، وَإنْ قَتَلَ قَتَلْتُمُوهُ*[(٨)]، وَإنْ سَكَتَ سَكَتَ عَلَى

---

(١) ج، والقبس: «قال». (٢) في مسلم: «اسمعوا».

(٣) م، ف، ج: «البرقي» والمثبت من القبس.

(٤) ف، ج: «ليعالجه»، وفي طبعة الأزهري: 3/ 430 «المعاجله بالسيف».

(٥) ف، ج: «الحوري».

(٦) م: «التسبب».

(٧) م، ف، ج: «من طلب» والمثبت من القبس.

(٨) ما بين النجمتين ساقط من الأصول، واستدركناه من القبس.

....

(1) الحديث (1498) برقم فرعي (15). (2) الحديث (1498) برقم فرعي (14).

(3) الحديث (1498) برقم فرعي (16).

(4) هو الإمام المشهور أبو بكر، أحمد بن محمد الْبَرْقَانِيُّ (ت 425) وانظر أخباره في سير أعلام النبلاء: 17/ 464.

(5) هو الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله الخراساني (ت. 388) انظر أخباره في سير أعلام النبلاء: 16/ 493.

(6) هذا تتمة لحديث مسلم السابق ذِكْرُهُ.

عَيْنِهَا، فدعا له رسولُ الله ﷺ بالفَرَجِ والفَتْحِ[1]. فهذا وجهُ كلامِ سعدٍ، والله أعلم.

الأصول[2]:

فأمّا قول النّبيِّ ﷺ مع سَعْدٍ، فإنّه بيانٌ لشرعٍ[(١)] وإيضاحٌ لحُكْمٍ؛ وذلك أنّ كلام سَعْدٍ الّذي جاءت فيه «نعم»[(٢)] جوابٌ محذوفٌ تقديرُه: أُمْهِلُهُ حتّى آتِيَ بأربعةِ شهداءَ؟ أو أقتلُه فأُقْتَلُ؟ فكانت نازلةً تقابَلَ فيها حُكْمان:

أحدُهما: أن يُمْهِلَ الرّجُلُ من ضَرّه في أهله.

أو يَدْفَعَ الضَّرَرَ بتَلَفِ نفسِهِ بأحد وجهين:

1 ـ إمّا أن يقتُلَه المُضَارُّ.

2 ـ وإمّا أن يَقْتُلَ هُوَ المُضَارُّ فيُقْتَلَ بِهِ.

فعلَّمَهُ النّبيُّ ﷺ التّرجيحَ، وقال له: إنّ الأَرْفَقَ بك والأَوْلَى أن تحتَمِلَ في الأهل الأَذَى، ولا يُؤْثِرَ الفَرْجَ على النّفسِ فإنّها فوقَهُ[(٣)]. فاختارَ سعدٌ تقديمَ الفَرْجِ على النَّفْسِ، فقال النّبيُّ ﷺ متعجِّبًا: «انْظُرُوا إِلَى مَا يَقُولُ سَيِّدُكُمْ» معناه: إنّه لعظيم الغَيْرَةِ واختارَ احتمالَ الأشدِّ من الأَذَى، وليس ذلك بممتَنِعٍ إذا كَثُرتِ الغَيْرَةُ، وغَيْرَةُ اللَّهِ كَفُّهُ[(٤)] للخَلْقِ بقُدرَتِه لِمَن عَصَمَ من الفواحشِ خُصوصًا، وبأمره ونهيه لكافّة الخَلْقِ عمومًا، فعبَّرَ عن الشّيءِ بمقدِّمته، ووصَفَ بذلك نفسَهُ تشريفًا للصّفة وتعظيمًا للحالِ.

إيضاحُ مُشْكِلٍ مُعْضِلٍ:

قول سَعْد بن عُبَادَة للنّبيِّ ﷺ: «أُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟ قَالَ: نَعَمْ».

قال الإمام: هذا كلامٌ يُوهِمُ بظاهره تركَ الزّاني مع الزّنا وتمكينَه منه، وذلك لا يليقُ بذوي المُرُوءَات، ولا يجوزُ على الأنبياء صلوات الله عليهم التّقريرُ على المعاصي، وهذا

(١) م: «تباين للشرع» ولعلها تبيان.

(٢) في القبس: «الذي أجاب عنه بنعم».

(٣) م، ف، جـ: «فرقة» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف، جـ: «كفت» والمثبت من القبس.

(1) أخرجه مسلم (1495) من حديث عبد الله بن مسعود.

(2) انظر كلامه في الأصول في القبس: 3/ 911 ـ 912.

(3) انظره في القبس: 3/ 912.

انفردَ به سُهَيْلُ بن أبي صالحٍ، عن أبيه، عن أبي هريرةَ.

تكملة[1]:

وبعدَ أن انتهى القولُ إلى هذا المقام، فَلِفَظَاعةِ النّازلةِ وقعَ الاختلافُ بين الصّحابةِ فيها، فقال عمرُ: دَمُهُ هَدَرٌ[2] لأنها حالةٌ لا صَبْرَ فيها. وقال عليٌّ[١]: عليه القَوَدُ. وقال بعضُهم: عليه الدِّيةُ.

وأمّا الفقهاءُ، فقال ابنُ عبدِ الحَكَمِ: إن كان معروفًا بالتَّشكِّي منه فدَمُه هَدَرٌ.

وقال علماؤنا[٢]: عليه الدِّيةُ في البِكْر الّذي لا يَستوجِبُ القتلَ، والقتلُ ليس مقصودًا، وإنّما هو مُدَافَعَةٌ وقصَاصٌ[٣]، وكان شَبِيه الغِيلَة، فإن الرَّجُلَ إذا أخذَ نفسَ الرَّجُلِ غِيلَةً *أو مَالَهُ استوجبَ القتلَ، وكذلك إذا أخذَ أهلَهُ غِيلَةً*[٤] كان أَوْلَى وأحْرَى أن يستَوجِبَ القتلَ، ولا تُراعَى الثُّيوبَةُ[٥] ولا البَكَارةُ، ولهذا قال ابنُ القاسم: إنّ دَمَهُ هَدَرٌ. وذلك ـ والله أعلم ـ من اختلافِ العلماءِ قديمًا وحديثًا، إنّما هو إذا قامتِ البيّنةُ على دخوله إلى دارِه وقَتلِه فيها، وأنا على شكٍّ من اشتراطِ[٦] القتلِ فيها، فأدخلَ مالكٌ حديثَ عليٍّ وهو الأصلُ والأشَدُّ، وإذا وقعتِ البيّنةُ فقولُ مالكٍ هو المقبولُ[٧] فيها، والله أعلم.

الفوائد المتعلّقة بهذا الحديث:

وهي سبعٌ[٨]:

---

(١) «علي» استدركناها من القبس.
(٢) في القبس: «وقال كما قدمنا عن علمائنا».
(٣) في القبس: «أو اقتصاص».
(٤) ما بين النّجمتين ساقط بسبب انتقال نظر النّاسخ، وقد استدركناه من القبس.
(٥) م: «الأنوثة»، م، جـ: «الأنوثية» والمثبت من القبس.
(٦) م، ف، جـ: «وأتى على اشتراط» والمثبت من القبس.
(٧) ف: «هو القول»، وفي القبس: «فقول مالك ـ والله أعلم ـ ما رواه عنه أصحابه».
(٨) ف: «... الحديث، سبع فوائد».

....

(1) انظرها في القبس: 3/ 912 ـ 913.
(2) أخرجه عبد الرزاق (1719)، وذكر ابن عبد البر في التمهيد: 21/ 257، والاستذكار: 22/ 152 أنّ هذه الرواية لا تصحّ. وأخرج عبد الرزاق (17914) عن مجاهد أنّه كان ينكر أن يكون عمر أهدر دمه إلاّ ببينة.

الفائدة الأُولى[1]:

قوله[2]: «فَسأَلَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ» فيه سؤال الحاكم عمّا أشكل عليه من هو أعلم منه.

الفائدة الثّانية:

وسؤالُه عمّا أشكل عليه وكيفية[١] القضاء، تدلُّ على فضله وتوقُّفه فيما لا يعلم.

الفائدة الثّالثة[3]:

وفيه قَبُول الكِتَاب إذا عُرِفَ أنّه كتابُ من يُنْسَب إليه، وبهذا يَحْتَجُّ من يُجيز إجازة المعلّم[٢].

الفائدة الرّابعة[4]:

فيه إباحة التّقليد.

الفائدة الخامسة[5]:

قول عليّ[6]: «إِنَّ هذَا الشَّيْءَ لَيْسَ بِأَرْضِنَا» أَوْ قَالَ: «بِأَرْضِي» يريد: أنّه لو كان بأرضه لَعَلِمَهُ؛ لأنّه كان متفقّدًا لأحوال الرّعيّة ما بَعُدَ وما قَرُبَ.

الفائدة السّادسة[7]:

قال في حديث آخر: «كَتَبَ مُعَاوِيَةُ إِلَى عَلِيٍّ يَسْأَلُهُ عَنْ مِيرَاثِ الْخُنْثَى، فَقَالَ: عَجَبًا لِمُعَاوِيَةَ يُخَالِفُنِي وَيَسْأَلُنِي، فَأَجَابَهُ»[8].

---

(١) ف: «وحقيقته».

(٢) في تفسير الموطأ: «العالم».

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/ ب.

(2) في أثر الموطأ (2154) رواية يحيى.

(3) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/ ب.

(4) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(5) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

(6) في أثر الموطأ (2154) رواية يحيى.

(7) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 101/ ب ـ 102/ أ.

(8) أخرج ابن أبي شيبة (31365) عن ابن كثير الأحمسي، عن أبيه؛ أنّ معاوية أُتِيَ في خنثى، فأرسلهم إلى عليّ [في الأصل: عمر، والمثبت من متن الحديث الذي أورده الزيلعي في نصب الراية: 4/ 417] فقال: يورث من حيث يبول.

الفائدة السّابعة[1]:

قولهُ[2]: «إِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ» فالرُّمَّةُ - بضمّ الرّاء - الحبل البالي، وكان الأمرُ إذا أقيد من أحدٍ سِيقَ بحبلٍ في عُنُقِه إلى القتل، فأمر عليّ أن يُفْعلَ ذلك بالزَّوْج، أن يُلْقَى الحبلُ في عُنُقِه ويُجْبَرُ إلى القتل[3].

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى[4]:

قال علماؤنا[5]: فلو ضربه فقطع رِجْلَه أو جَرَحَهُ، فرَوَى ابنُ حبيب عن ابنِ المَاجِشُون: إنْ قاتَلَه[6] فذلك جائز[١]، وإن قتله قُتِلَ به، إلاّ أن يأتيَ بأربعة شهداء.

ووجه ذلك: أنّ وجودَهُ في داره يُوجِبُ له التَّسَلُّط[٢] عليه، فإن قاتله كان له مدافعته بما[٣] يؤدّي إلى الجراح ونحوها، وأمّا القتلُ فلا يُستباحُ إلاّ ببيِّنة، لما ورد الشّرع به من حَقْنِ الدِّماء.

المسألة الثانية[7]:

قال علماؤنا[8]: البِكرُ والثَّيِّبُ في ذلك سواء، يترك إذ قامت[٤] البيِّنة بالرُّؤية[9].

واستحبّ ابنُ القاسم الدِّية في البِكْر[10].

---

(١) في المنتقى: «جبار».
(٢) ف: «التّسليط».
(٣) م، ف، جـ: «لما» والمثبت من المنتقى.
(٤) في تفسير الموطأ: «قامت له».

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/أ.
(2) في أثر الموطأ (2154) رواية يحيى.
(3) في تفسير الموطأ: «ويُجَاءُ به إلى القتل».
(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 285.
(5) المقصود هو الإمام الباجي.
(6) بمعنى إن قاتله فكسر رجله أو جرحه.
(7) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/أ.
(8) المراد هو الإمام البوني.
(9) هذا الرأي هو عند البوني من قول ابن القاسم عند ابن مزين.
(10) هذا الرأي هو عند البوني من قول أصبغ عن ابن القاسم.

وقال أَصْبَغُ: وتكون الدِّية في ماله.

وقال ابنُ حبيب[1]: «أمّا إن كان المقتول غير مُحْصَن، فعلى قاتله القَوَد، وإن أتى بأربعة شُهداء على فعله بامرأته»، والّذي قاله ابنُ القاسم أحسن لأنّه عَذَرَهُ بالغَيْرَة.

المسألة الثالثة[2]:

إذا قلنا: إنّ عليه الدِّية، فقد قال ابنُ القاسم والمُغِيرة وابن كنانة: هي ديّة خطأ.

ووجه ذلك: لِمَا فجأه[١][3] من الغضب، يصير[٢] في حكم المغلوب الّذي لا عقل له، فكانت جنايتُه خطأ.

وحكى ابنُ مزين عن أَصْبَغ: أنّ ذلك في ماله[4].

ووجه ذلك: أنّه خطأ غير متعيّن[٣] ليست بشبهة[٤]، فأشبه إقرار القاتل بالخطإ.

القضاء في المنبوذ

قال الإمام: أدخل مالك في هذا الباب حديث[5] سُنَيْن أبو جميلة[٥]، كذا في المتن: أبي جميلةَ رجلٌ من بني سُلَيْم، أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ. قَالَ[٦]: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ، فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا

---

(١) م، ف، جـ: «يفجأه» والمثبت من المنتقى.

(٢) «يصير» استدركناها من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «متيقن» وهي أسدّ.

(٤) في المنتقى: «ليست شبهته بالقوية» وهي أسدّ.

(٥) م، ف، جـ: «ابن أبي جميلة» والمثبت من الموطّأ.

(٦) م، ف، جـ: «فقال» والمثبت من الموطّأ.

....

(1) في تفسير غريب الموطأ: الورقة 106.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 5/ 286.

(3) أي أنّ القاتل لما فجأه.

(4) أي أنّ الدية في مال القاتل.

(5) الحديث (2155) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3020)، وسويد (312)، وعبد الرّزّاق (16182).

ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا. فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ(١): إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَكَذَلِكَ(٢)؟ قَالَ: نَعَمْ. فَقَالَ عُمَرُ: اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ.

الإسناد[1]:

قال الإمام: أدخل مالكٌ حديث سُنَيْنٍ هذا، ثمّ عَقَّبَهُ بأن قال[2]: الأمرُ عندنا أنّه حُرٌّ وأنّ وَلاَهُ للمسلمينَ، وقد رُوِيَ عن مالك في ذلك روايتان:

إحداهُما: قال أشهبُ: إنّما اتّهمَهُ لأنّه خَشِيَ أنّه ولدُه جاء به ليفرِضَ له من بيت المال. وهذا الكلام عندي قاصرٌ جدًّا؛ لأنّ عمرَ كان في أصَحِّ قَوْلَيْه وآخرِهِمَا(٣)، إذا وُلِدَ للرّجُلِ مولودٌ فرَضَ له من تلك اللّيلةِ. فالرّوايةُ خطأٌ لاشكَّ فيه(٤)، وصوابُه أنْ يقالَ: اتّهمه أن يكون جاء به وليس بوَلَدِه، ليفرِضَ له من بيت المال، فيتولّى هو الإنفاقَ عليه فيرتَفِقَ بذلك، وفي مثل هذا نزلت ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ﴾ الآية[3].

والرّواية الثّانية: قال مالكٌ: لو علمتُ أن عمرَ قاله لقلتُ إنّ ولاءه له.

قال بعضُ النّاس: كيف وَجْهُ هذا(٥) الكلامِ من مالكٍ، يَرْوِيهِ ثمّ يشكُّ فيه؟

قلنا: قد قدّمنا في **«كتاب النكاح»**[4] الجوابَ على مثل هذا في قوله: «حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ». والّذي يَخُصُّ هذا الموضِعَ أنّ قولَه: «وَلَكَ وَلاَؤُهُ» مُحْتَمِلٌ(٦) أن يريدَ به وِلاَيَةَ النّسَبِ. ويَحتَمِلُ أن يريدَ به وِلاَيَة الكفالةِ. فلمّا احتَمَلَ اللّفظُ المعنيَيْن، جاز ذلك.

---

(١) م، ف: «عمر» وهو تصحيف.
(٢) م، ف، ج: «كذلك» والمثبت من الموطأ.
(٣) م، ف، ج: «أو أحدهما» والمثبت من القبس.
(٤) م: «لاشك فيها»، ف: «لا ثبت فيه».
(٥) «هذا» استدركناه من القبس.
(٦) ج: «محتملة»، القبس: «يحتمل».

....

(1) انظره في القبس: 3/ 913 - 914.
(2) في الموطأ (2156) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3021)، وسويد (312).
(3) البقرة: 220.
(4) انظر صفحة: 550 من الجزء الخامس.

وقال علماؤنا[1]: يحتمل أن يجيء به[2] ليستفهمه(١) في أمره، وليسأله الحكم له بولائه، أو غير ذلك.

وأمّا قولُه[3]: «مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ» فقيل[4]: إنّه اتّهمه أن يكون ولده، فجاءه ليفرض له.

ويحتمل أن يكون سأله لئلاّ يلتقطه من عياله.

الفقه في ست مسائل:

المسألة الأولى[5]:

قوله[6]: «مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِهَا»؟ قَالَ: «وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً» قال علماؤنا[7]: ومن وجد بهذه الصِّفة لزمه أخذه؛ لأنّه لا يحلّ له تركه للهلاك، وأخذه على وجهين:

1 ـ أحدهما: أن يأخذه ليربّيه، فقد قال أشهب: ليس له ردّه.

2 ـ وإمّا أن يأخذه ليرفعه إلى السّلطان فلم يقبله، فلا يضيق عليه أن يردّه إلى موضع أخذه.

ومعناه عندي: موضعٌ لا يُخَافُ عليه فيه الهلاك، ويؤمن(٢) أنّه يسارع النّاس إلى أخذه.

المسألة الثّانية[8]:

قوله[9]: «رَجُلٌ صَالِحٌ» ليس هو من باب التّزكية؛ لأنّه ليس كلّ صالح تُقْبَل

---

(١) في المنتقى: «ليستفتيه».

(٢) في المنتقى: «ويوقن».

....

(1) المراد هو الإمام الباجي في المنتقى: 6/ 2.
(2) إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
(3) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.
(4) هو قول الإمام مالك، رواه عنه أشهب، كما نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.
(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 3.
(6) أي قول عمر بن الخطاب في الموطأ (2155) رواية يحيى.
(7) المراد هو الإمام الباجي.
(8) الفقرة الأولى من هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 3.
(9) في الموطأ (2155) رواية يحيى.

شهادتُه، وإنّما ينتفي عنه بهذا ما ينافي الصّلاح ممّا خاف[1] أن يكون التقط المنبوذ له.

وقد وَهَمَ البونيّ[2] فقال: «إنّ عدالةَ رجلٍ واحدٍ إذا حضر مجلسَ القاضي فأخبره بعدالة المعدّلِ أنّه يقبله، ويجزىء في ذلك بسؤال الواحدِ إذا وثق به. وكذلك رُوِيَ عن أَصْبَغ أنّه قال: إذا شَهِد الشّاهدُ عند القاضي وهو لا يعرفُهُ، فسأل عنه رجلاً فأخبَرَهُ وزكّاه عنده(١)، أجزأ بذلك إذا كان القاضي هو السّائلُ عنه والكاشف لأمره؛ لأنّ ذلك بمنزلة علم القاضي إذا علمَ العدالةَ من الشّاهِدِ، وإذا(٢) كان ذلك بعَدْلَيْن يأتي بهم الشّهودُ(٣)، فلا يقبل في ذلك أقلُّ من اثنين(٤)» والصّوابُ ما قدّمناه أنّه ليس من باب التّزكية.

المسألة الثالثة[3]:

قول عمر[4]: «اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ» قال علماؤنا[5]: إنّما قال ذلك على وجه الإخبار أنّه حرٌّ، ولا خلاف فيه؛ لأنّ الأصل في الخَلْق الحريّة حتّى يثبت الرِّقّ، والفقر حتّى يثبت الغِنَى، ولثبوته طرق: منها بلوغُ السّعي، والجهلُ حتّى يقع العلم، وهذا مُشَاهَدٌ، والإسلامُ بعد عموم الدّعوة حتّى يثبت الكفر.

وقال غيره: قوله: «حُرٌّ» يدلُّ(٥) على وجه الإخبار أنّه حرٌّ، وسواء التقطه عبدٌ أو نصرانيّ[6].

ووجهه: أنّه لا يتيقّن فيه سبب(٦) من الأسباب، أعني سبب الاسترقاق. وقد بيّنا

---

(١) م، ف: «غيره».
(٢) ف: «إن».
(٣) في تفسير الموطأ بزيادة «له» في هذا الموضع.
(٤) في تفسير الموطأ: «من رجلين».
(٥) ف، ج: «فدلّ».
(٦) م، ف، ج: «أنه يتفق فيه سبباً» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أي مما خاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
(2) في تفسير الموطأ: 102/أ.
(3) انظر بعض هذه المسألة في القبس: 3/ 914، وفي المنتقى: 6/ 3.
(4) في الموطأ (2155) رواية يحيى.
(5) لعله يقصد الباجي الذي قال في المنتقى: 6/ 3 «وقوله: هو حرّ، على وجه الإخبار له بحكمه وأنّ اللّقيط حر».
(6) ورد هذا القول في كتاب ابن المواز، نصّ على ذلك الباجي في المنتقى: 6/ 3.

ذلك في «مسائل الخلاف» ومهّدنا القول فيها، ولذلك قال أشهب: إذا التقطه مسلم؛ كان مُسْلِمًا على أيّ حالٍ وقعَ الالتقاط. وقال غيره: المُعَوَّلُ[١] على الدّار فإن كانت دارَ كُفْرٍ فهو كَافِرٌ، وإن كانت دار إسلام فهو مسلمٌ. وهذا لأنّه عارض الأصل[٢] ظاهرًا، فرجّح أشهب الأصل، ورجّح أصحابه الظّاهر.

وقال ابنُ القاسم: لو كان في القرية مسلمان أو ثلاثة، كان الولد مسلمًا، فغلب الإسلام.

وذلك أن للدّار تأثيرًا وللملتقط[٣] تأثيرٌ، فوجب أن يغلب حكم الإسلام، وكذلك لو التقط في كنيسة، لحُكِمَ بالإسلام[1] له، كما يُحْكَم له بالحريّة.

المسألة الرّابعة[2]:

قوله[3]: «وَلَكَ وَلاَؤُهُ» يريد: تخصيصُه بذلك، ذلك يقتضي كونه على دِينِه.

وقوله: «وَلَكَ وَلاَؤُهُ» يريد: القيام عليه.

فإن التقطه نصْرَانِيٌّ، فقد قال أَصْبَغ: يُنْزَع منه لئلاّ يُنَصِّره أو يسترقّه، وهذه ولاية الإسلام لا[٤] العِتْق؛ لأنّ هذا اللّقيط[٥] مجهول النّسب فولاؤه للمسلمين، وإلى هذا ذهب مالك[4] وأكثر أهل الحجاز، وبه قال الشّافعيّ[5].

ورُوِيَ عن عليّ أنّه قال: اللّقيط حرٌّ[6] وله أن يواليَ من أحبّ، وبه قال ابن

---

(١) م، ف، ج: «المعمول» والمثبت من القبس.
(٢) م، ج: «وهذه الآية عارض أصل»، ف: «وهذه الآية عارض أصلاً» والمثبت من القبس.
(٣) ف، ج: «وللخلطة» وهي ساقطة من «م» والمثبت من المنتقى.
(٤) م، ف، ج: «إلاّ» والمثبت من المنتقى.
(٥) م، ف، ج: «هذه اللّقطة»، وقد أثبتنا «اللقيط» من المنتقى، وأثبتنا اسم الإشارة بما يناسب السّياق.
(٦) «من» استدركناه من المنتقى.

....

(1) أي بحكم الإسلام.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 3 ـ 4.
(3) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.
(4) قاله في المدونة: 8/ 368 (ط. صادر) في ولاء الملقوط.
(5) في الأم: 4/ 70 (ط. النجار) إلاّ أنّه قال: «هو حرٌّ ولا ولاء له وإنما يرثه المسلمون»، وانظر الإشراف لابن المنذر: 1/ 300.
(6) أخرجه عبد الرزاق (13842).

شهاب[1]، وعطاء[2]، وجماعة من[١] أهل المدينة.

وقال النّخعي[٢]: ميراثه بمنزلة اللُّقَطَة[3]، وبه قال أكثر الكوفيِّين.

وقال أبو حنيفة[4]: ميراثه لمن التقطه، إلاّ أنّ له أن ينتقل عنه حيث شاءَ ما لم يعقل عنه من والاه، فإن عقل عنه لم يكن له أن ينتقل عنه لولائه[٣].

المسألة الخامسة[5]:

قوله[6]: «وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ» يريد: في بيت المال، وهذا حكم اللّقيط إن أمكن ذلك؛ لأنّه من فقراء المسلمين مع عجزه عن التّكسُّب وخوف الضّياع عليه، فإن تعذّر الإنفاق من بيت المال، فقد قال مالك في «الموّازية»: إنّ على ملتقطه نفقته حتى يبلغ ويسعى[٤]، وليس له أن يطرحه[٥].

ووجه ذلك: أنّه إذا وجده فقد لزمه حفظه[7].

فرع[8]:

قال علماؤنا: ولا رجوع له عليه بما أنفق، وإن استأذن في ذلك الإمام، قاله عبد الوهّاب[9]، قال: وكذلك لو كان له مَالٌ لا يعلَمُ به.

---

(١) «النخعي» استدركناه من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «بولائه».

(٣) في المنتقى: «يستغنى» وهي سديدة.

(٤) في المنتقى: «يطرده».

(٥) م، ف، ج: «يستفاد منه» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أخرجه ابن أبي شيبة (21891)، (21900) كما أخرجه أيضًا من طريق آخر البيهقي: 10/ 298.

(2) رواه ابن أبي شيبة (21897).

(3) أخرجه ابن أبي شيبة (31356)، (31572).

(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 447.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 4.

(6) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.

(7) في المنتقى: «إنّه إذا أخذه ملتقطًا له فقد لزمه أمره وحفظه».

(8) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 4.

(9) في المعونة: 2/ 1292.

ووجه ذلك: أنّه من الفقراء، فليس له أن يشغل ذِمّته[١] بدَيْن للإنفاق عليه كسائر الفقراء.

فإن استلحقه[٢] أحدٌ، فقد قال ابنُ القصّار وابن القاسم: إن استلحقه[2] ببيّنة أو غيرها، رجع عليه بما أنفق إن كان تعمَّدَ طرحه وهو مليء. وإن طرحه غيره[٣]، فلا شيء على الأب.

وقال أشهبُ: لا شيءَ على الأبِ بكلِّ حالٍ؛ لأنّ هذا أنفق على وجه التَّطوُّع.

وقوله[1] في المَنبُوذِ «أَنَّهُ حُرٌّ»[٤] لأنّه هو المطروحَ، إلاّ أنّه في عُرْفِ اللُّغة مستعمَلٌ فيمن نُبِذَ من الأطفال على وجه الاستسرارِ[٥] به، فيلتقطُه من يخاف الضّيعة عليه فقد قال مالك[2]: هو حرٌّ.

ووجه ذلك: أنّه قد عَرَا من وجه[٦] الاسترقاق[3]، وكذلك كلّ من وجدناه من الكبار الّذين لا يعقلون، إنّما نحملهم على الحريّة لعدم سِمَةِ[٧] الاسترقاق.

القضاء بإلحاقِ الولدِ بأبيه

قال الإمام: فائدة التّرجمة الّتي بوّب عليها مالك[4] في قوله: «إلحاق الولدِ بأبيهِ» أنّه يُبيِّن إلحاقه به بالفراش في حديث زَمْعَة، وإلحاقه به في الدَّعْوَى في الإسلام لأولاد

---

(١) م، ف، ج: «استخلفه» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «فإن لم يطرحه».

(٣) م، ف، ج: «وقوله: هو حرٌّ» والمثبت من الموطأ والمنتقى.

(٤) م، ف، ج: «الاستمرار» والمثبت من المنتقى.

(٥) في المنتقى: «من أسباب».

(٦) في المنتقى: «معاني».

(٧) ج: «به».

....

(1) أي قول عمر في الموطأ (2155) رواية يحيى.

(2) في الموطأ (2156) رواية يحيى.

(3) فلذلك ألحق بالأحرار.

(4) في الموطأ: 2/ 283 رواية يحيى.

الجاهليّة في حديث عمر، لكن صفة الفراش الّذي قضى فيه[١] النبي ﷺ بالولد مأخوذٌ من أدلّةٍ سواه، فالمرأةُ تصير بعَقْدِ النّكاح فراشًا، والأَمَةُ تصيرُ بالولادةِ فراشًا، لا خلافَ فيه. واختلف هل تكون بالوطءِ فراشًا أم لا؟ وقد مهّدْنا ذلك في «**مسائل الخلاف**».

الإسناد:

قال الإمام: حَدِيثُ عَائِشَةَ[1] زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي، فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامُ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ، وَقَالَ: ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَال له عَبْدُ[٢] بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ. فَأَتَيَا النَّبِيَّ[٣] ﷺ فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللهِ، ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ. وَقَالَ عَبْدُ[٤] بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي. وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ. فَقَالَ رَسُولُ اللّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ[٥] بْنَ زَمْعَةَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللّهِ ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: «احْتَجِبِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ. قَالَتْ: فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللّهَ.

الفوائد المستقرأة في هذا الحديث:

وفي هذا الحديث ثمان فوائد[٦]:

الفائدة الأولى[2]: فيه من الفقه إلحاقُ الوَلَدِ بالفراشِ.

---

(١) م، ف، ج: «عبد الله» والمثبت من الموطّأ.
(٢) في الموطّأ: «فتساوقا إلى رسول الله».
(٣) م، ف، ج: «عبد الله» والمثبت من الموطّأ.
(٤) م، ف، ج: «عبد الله» والمثبت من الموطّأ.
(٥) م، ج: «وهي ثمان».
(٦) ف: «على المسلمين».

....

(1) في الموطأ (2157) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2879)، وسويد (273)، وابن القاسم (41)، ومحمد بن الحسن (845)، والقعنبي عند الجوهري (171)، وعثمان بن عمر عند أحمد: 6/ 246، ويحيى بن قزعة، وعبد الله بن يوسف، وابن أبي أويس، عند البخاري (2053، 6749، 7182)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 3/ 104، 113.
(2) من هنا إلى آخر الفائدة السادسة مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 102/ أ - ب.

وفيه: قَبُولُ وصيّةِ الكافرِ إذا لم يكن فيها ضررٌ على أهل الإسلام[١].

وفيه: ثُبوتُ فراشِ أهلِ الكُفر.

وفيه: الإقرار بالوطء إمّا بشهادةٍ وإمّا باستفاضةٍ أو بغير[٢] ذلك، لإجماع العلماء أنّ الأخ لا يستلحق، فألحقه النّبيّ بزَمْعَة، وجعله أخًا لِبَنِي زَمْعَة لمن حضر منهم وقتَ الحُكْمِ، ولمن غابَ، ولمن ادّعاه، ولمن لم يدّعه.

وفيه: ما يدلُّ أنّ الحرام يُفسِدُ الحلال لقوله: «احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَة» وألحقَهُ بها[٣] أخًا، ثمّ أمرها أن تَحتَجِبَ منه لِمَا رأى من شَبَهِهِ[٤] بعُتْبَة، وحكَمَ بالظّاهر لأنّ الوَلَدَ للفراش، ودلّ أنّ الأَمَةَ لها فراش كفراش الحُرَّة.

وفيه نكتة من العربيّة: قولُه: «يَا عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ» بنصب الدّال من «عَبْد» ورفعها، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ﴾ الآية[1]، فالمختار أن يكون موضع عيسى نصبًا، ويجوز رفعُه، وأما «ابْنَ» فهو منصوب[٥] على الحال.

وفيه: تَوَقِّي الشُّبهات[٦]، لقوله: «احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ».

وفيه: القولُ بالقَافَةِ، لقوله: «احْتَجِبِي مِنْهُ» لِمَا رأى من شَبَهِهِ بعُتْبَة.

وفيه: ما يدلُّ أنّه لا يحل للرَّجُل أن يتزوّج ابنتَه من الزّنا ولا أختَه، وقد جوّز ذلك ابن الماجِشُون، وهو قولٌ مَعْزُوفٌ عنه[2].

وفيه: قولُه: «وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» قيل: أراد بذلك أنّ للعَاهِرِ المسلم الرَّجْم.

وقيل: أراد بذلك معنَى الذَّم، كما يقال: بفيه الحَجَرُ.

---

(١) ف، جـ: «وبغير».
(٢) ف: «وألحقناها».
(٣) في النسخ: «الشهبة» والمثبت من تفسير الموطأ.
(٤) م: «مصدر».
(٥) في النسخ: «الشبهة» والمثبت من تفسير الموطأ.
(٦) في النسخ: «بيان الشبه الذي جعل» والمثبت من القبس.

....

(1) المائدة: 116.
(2) من هنا إلى آخر الفائدة العاشرة مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 102/ ب.
(3) في تفسير الموطأ: «مرغوب عنه» وتتمة الكلام كما في الكتاب المذكور: «لأنّ النّبيّ ﷺ قد جعل للزّاني حرمة بقوله: «احتجبي منه»».

الأصول[1]:

قال الإمام: هذا حديثٌ عظيمٌ، وأصلٌ في الشّريعة قويٌّ، فائدتُه: بيان النَّسبِ الّذي جعلَهُ(١) الله في الخَلْقِ للتّعارف ثمّ للتّعاضُد، وأصله: البعضيّةُ(٢)، ولكنّها لمّا كانت خفيّةً، نصَبَ اللّهُ لِلْخَلْقِ عليها عَلَمًا ظاهرًا وهو الفراشُ، على سُنّتِهِ(٣) في حِكْمَتِه، ولُطفه بخَلِيقَتِه في وضع(٤) الأشياء الظّاهرة عَلَمًا على المعاني الخفيّةِ الّتي يتفرّد بالاطّلاع عليها. وقد قدّمنا لكم منها نظائِرَ، كالحيضِ في براءةِ الرَّحِمِ، وصورةِ السَّفَرِ في تحقيق المشقّةِ الّتي رتّب اللهُ عليها الرُّخصةَ في القَصْرِ والفِطْرِ(٥) في السَّفَر.

وخُذوا مقدِّمةً في صِفَةِ القاضي وصورة تَنَاوُلِه للأحكام: إذا حضَر رَجلٌ عند القاضي وقال: أنا وصيُّ فلان، وله حقّ عند هذا الإنسان، أمرَ بإخراجه حتّى يُثْبِتَ العَهْدَ، ولا يكلِّمُه(٦) عن ميِّتٍ ولا عن حاضِرٍ حتّى يُثْبِتَ وكالتَهُ له(٧)، ويُثْبِتَ الوصيُّ أو مَنْ طَلَبَ عن ميِّتٍ حتّى يُثْبِتَ، وهذه طُرقه الّتي يسلك عليها الحاكم(٨).

فلمّا قال سعد: «ابنُ أخِي، عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ» وقال الآخرُ: «هُوَ أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي». ظَنَّ الغافِلُونَ أن ظاهِرَ هذا الكلام(٩)؛ أنّ النّبيَّ عليه السّلام لم يَلْتَفِتْ إلى هذه الأحوال الّتي قدّمناها، وهي غفلةٌ عظيمةٌ، فإنّ النّبيَّ عليه السّلام إنّما سَكَتَ عنها لأحدِ وجهين:

إمّا لأنّه كان عَلِمَها وقضَى بعِلْمِه فيها، على قول كثيرٍ من العلماء في قضاءِ القاضي بعلمه.

---

(١) في النسخ: «بيان الشبه الذي جعل» والمثبت من القبس.
(٢) في النسخ: «المعصية» والمثبت من القبس.
(٣) م، ف، ج: «سببه» والمثبت من القبس.
(٤) م، ف، ج: «موضع» والمثبت من القبس.
(٥) م، ف، ج: «والقصر» والمثبت من القبس.
(٦) ج: «ولا يكله».
(٧) في القبس: «. . . ميت حتى يثبت عهده عنده، ولا عن حاضر حتّى يثبت وكالة له».
(٨) الذي في القبس: «. . . عن ميّت موته وعدة ورثته، فإن أثبت الموت دون الوراثة أو الوراثة دون الموت أمر القاضي بإخراجه حتّى يثبت طريقه التي يسلك عليها إلى طلب حقّه عنده عليها».
(٩) في القبس: «فيبدو للناقلين بظاهر هذا الكلام».

....

(1) انظره في القبس: 3/ 915.

وإمّا أن يكونَ ﷺ قد ثَبَتَ ذلك عنده، ولم تَذْكُرْ عائشةُ مِنَ الحديث إلاّ فصوله[١] الّتي يُحتاجُ إليها من صفة الدَّعْوَى وصورة القضاء، دون شروطِه الّتي لا تتمُّ إلاّ بها، وليست الأحكامُ مأخوذةً من حديثٍ واحدٍ، ولا الشّروطُ ثابتةً من طريقٍ واحدٍ، بل تُلَقَّطُ من الأدلّة حتى يجتمعَ للمجتهدينَ فنونًا، فيوضحونها[٢] للطّالبين[٣].

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قوله: «إِنَّ عُتْبَةَ عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ» هذا على حَسَبِ ما كان يفعلُه أهل الجاهليّة؛ لأنّه قد رُوِيَ أنّ النّكاح كان عندهم على أربعة أَضْرُبٍ: أَحدها الاستبضاع[2]، كما قدّمنا في «كتاب النّكاح»، فلعلّ عُتْبَة أراد استلحاقه من أحد الأربعة الأوْجُه الّتي قدّمنا في «كتاب النّكاح»[3].

وأمّا من استدعى واستلحق ولدًا في الإسلام، فلا يخلو أن لا[٤] يكون عُرِفَ له ملكها أو نكاحُها، أو قد عُرِفَ، فإن لم يعرف له مِلك أَمَة بِنكاحٍ ولا بملكٍ[4]، فقد

---

(١) في القبس: «فصوصه».
(٢) في النسخ: «فتوضحها» والمثبت من القبس: 18/ 302 (ط. هجر).
(٣) ج: «للناظرين»، وفي القبس: 3/ 438 (ط. الأزهري): «للضالين».
(٤) «لا» استدركناه من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 5.
(2) «وهو أن يكون الرّجل يعجبه نجابة الرّجل ونبله فيأمر من تكون له من حرّة أو أَمَة أن تبيح نفسها له، فإذا حملت منه رجع هو إلى وطئها حرصًا على نجابة الولد.
أما الضرب الثاني: فهو أن تكون المرأة لا زوج لها يغشاها الجماعة من الرّجال منفردين أو مجتمعين، فإذا استمر بها حملٌ دعتهم وقالت لأحدهم: هذا منك، فيلزمه ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه.
والضّرب الثّالث: وهو أن البغايا كن يجعلن الرّايات على مواضعهنّ، فمن رأى تلك الرّاية علم أنّه موضع بغي، فيتكرر عليها بذلك من شاء من الناس حتى إذا استمر بها حملها، قالت لبعضهم: هو منك، فيلحق به.
والضّرب الرّابع: هو النّكاح الصّحيح». اهـ عن الباجي.
(3) انظر صفحة: 423 من الجزء الخامس.
(4) أي بملك يمينٍ.

اختلف قولُ ابن القاسم في ذلك، فقال مرّة: يُلْحَق به ما لم يتبيّن كذبه ولم[١] يكن له نسَبٌ معروف، وبه قال مالك[1].

وقال أيضًا: لا يلحق به حتّى يتقدّم له على أَمَةٍ مِلْكٌ أو نكاحٌ يجوز أن يكون منه، ولا يمنعه من ذلك نسبٌ معروفٌ، وبه قال سحنون[2].

المسألة الثّانية[3]:

لم يذكر في الحديث أنّ النّبيّ ﷺ وَرَّثَهُ، وإنّما أضافه إلى عبد، إذ أقرّ أنّه أخوه وهو المنفردُ بميراث أبيه، فلا يحلّ له بيعه ولا يثبت بذلك نَسَبُه؛ لأنّ النّسب إنّما يلحق بالأب فلا يلزمه ذلك بقول عبد[4].

عارضة[5]:

قال الإمامُ: ألحقَ معاويةُ زيادًا، وأخذ النّاسُ عليه في ذلك، وأيُّ[٢] أخذٍ عليه فيه إن كان سَمِعَ ذلك من أبيه، وأيُّ عارٍ[٣] على أبي سفيانَ أن يُلِيطَ[٤] بنفسِهِ وَلَدَ زِنًا كان في الجاهليّة؟! فمعلومٌ أنّ سُميَّةَ لم تكن لأبي سفيانَ، كما لم تكن وليدةُ زَمْعَةَ لعُتْبَةَ، لكن كان لعُتْبَةَ منازعٌ تَعَيَّنَ القضاءُ له، ولم يكن لمعاويةَ منازعٌ في زيادٍ، اللّهم إلاّ أنّ هٰهنا نكتةً اختلفَ العلماءُ فيها، وهي: أنّ الأخَ إذا استَلْحَقَ أخًا، يقول: هو ابنُ أبي، ولم

---

(١) في المنتقى: «وإن لم».

(٢) م: «واني»، ف: «والتي»، جـ: «وإني» والمثبت من القبس.

(٣) م، جـ: «عذر».

(٤) م، جـ: «ينيط».

....

(1) وجه هذا القول: أنّ الأسباب موضوعة على الاستلحاق، وأكثرها لا يثبت إلاّ بإقرار الأب بالوطء أو بأنّه ولده، فإذا لم يكن ثمّ نسب مانع، لحق بمن استلحقه.

(2) وجه هذا القول: أنّ النّسب إنما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان ثمّ نسب معروف من ملك يمين أو نكاح، فإذا لم يكن ثمّ سبب يُقوّي الدّعوَى وجب أن تبطل؛ لأنّه لو ثبت بمجرّد الدّعاوى لكثر تعرض الدّعاوى في ذلك وفسدت الأنساب.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 7.

(4) تتمّة الكلام كما في المنتقى: «إلاّ على وجه الشّهادة عليه فيلزمه ذلك إذا كملت الشهادة».

(5) انظرها في القبس: 3/ 916 ـ 917.

يكن له مُنَازِعٌ. فإن كان وحدَهُ، فقال مالك: يَرِثُ ولا يَثْبُتُ[1] النَّسَبُ في جماعةٍ.

وقال الشّافعيُّ: يثبتُ النَّسَبُ ويأخُذُ المالَ، هذا إذا كان المُقَرُّ به غيرَ معروفِ النَّسَبِ.

واحتجَ الشّافعيُّ بقوله: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ[١] بنَ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» فقضى بكونه للفراش[٢] وإثباتِ نَسَبِهِ.

قلنا: هذا جهلٌ عظيمٌ، وذلك أنّ قولَه: «إنّ النّبيَّ ﷺ قضَى بكَوْنِهِ للفِرَاشِ» صحيحٌ، وأمّا قولُه: بثبوت النَّسَب فباطلٌ؛ لأنّ عبدًا ادَّعَى شيئين:

أحدُهما: الأخوّةُ.

والثّاني: ولادةُ الفراشِ.

فلو قال له النّبيُّ: «هو أخُوكَ، الولدُ للفراشِ» لكان إثباتًا للحُكْمِ ونفيًا للعِلَّةِ[٣]، بَيْدَ أنّ النّبيّ ﷺ عَدَلَ عن الأُخَوّةِ ولم يتعرَّضْ[٤] لها، وأعرَضَ عن النَّسَبِ ولم يصرِّحْ به، وإنّما قال: «هُوَ لَكَ» معناه: فأنت أعلَمُ به.

حديث:

وهو حديث عبد الله بن أبي أُمَيَّةَ[2]؛ أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَاعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ. فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا تَامًّا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَدَعَا عُمَرُ نِسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قُدَمَاءَ، فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ. فَقَالَتِ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ: أَنَا أُخْبِرُكَ بِهَذِهِ الْمَرْأَةِ، هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ حَمَلَتْ، فَأُهْرِيقَتِ عليه[٥] الدِّمَاءُ. فَحَشَّ وَلَدُهَا[3]، فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا

---

(١) «عبد» استدركناها من القبس.

(٢) «قضى بكونه للفراش» استدكناها من القبس ليلتئم الكلام.

(٣) م، ف، ج: «العلة» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف، ج: «يعترض» والمثبت من القبس.

(٥) «عليه» زيادة من الموطأ.

....

(1) انظر المدونة: 8/ 373 (ط. صادر) في الشهادة على الشهادة.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2158) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2888)، وسويد (275)، وابن بكير عند البيهقي: 7/ 444.

(3) في بطنها.

الَّذِي نَكَحَهَا، وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ، تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا وَكَبِرَ. فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ: أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إِلاَّ خَيْرٌ، وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالأَوَّلِ.

قال الإمام: والحديثُ صحيحٌ.

العربيّة[1]:

قولُها[(١)]: «فَحَشَّ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا» تريد: رقّ وضَمُرَ من الدّم الّذي أُهريقت عليه، ثمّ انتفشَ بماء الزّوج الثّاني وكبر[2]. يقال من ذلك: حَشَّ يَحِشُّ إذا يَبِسَ، وقد أحشَّتِ المرأةُ: فهي مُحش. وبعضهم يرويه بضمِّ الحاء.

وفي هذا الحديث[3] أدلّ دليل على أنّ الحاملَ تحيضُ.

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى[4]:

قوله: «أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إِلاَّ خَيْرٌ» يريد: أنّهما لم يتعمّدَا[(٢)] النّكاح في العِدّة، وأنّ المرأةَ ظنّت أنّها قد حلّت.

وقال سحنون[5]: في هذا الحديث أصلٌ من أصول العلم، فيه من الفقه: أنّ الولد لا يُلحَق إذا جاءت به المرأة لأقلّ من ستّة أشهُرٍ من يوم تزوّجت، ولو جاءت به لأكثرَ من ستّةِ أشهُرٍ للحق بالزّوج الآخِر وكان ولدًا له[(٣)].

---

(١) م، ف، جـ: «قوله» والمثبت من تفسير الموطأ.
(٢) في النسخ: «أنه لم يتعمد» والمثبت من تفسير الموطأ.
(٣) في النسخ: «ولدًا للآخر» والمثبت من تفسير الموطأ.

....

(1) كلامه في العربية مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 102/ب.
(2) هذا التفسير هو لابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 106 [2/ 12]، ونقله عنه البوني.
(3) هذا الاستنباط مقتبس من المصدر السابق. وقد أورده أيضاً القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 184.
(4) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/ب. ما عدا الفقرة الأخيرة فهي مقتبسة من تفسير الموطأ للقنازعي: الورقة 184.
(5) قاله في تفسير الموطأ، كما صرح البوني في شرحه.
(6) أسقط المؤلّف سطرًا من كلام سحنون، نرى من المستحسن إثباته، وهو كما في تفسير الموطأ:

وفي هذا الحديث[1]: ما يدلُّ على فساد قول(١) أهل العراق؛ بأنّ الولد يلحق بالأوّل ما لم تقرّ المرأةُ بانقضاءِ العِدَّة قبل ذلك.

وفيه من الفقه: أنّه ما كان من أمور النّساء، أنّه يُرْجَع فيه إلى النّساء العارفات وإلى قولهنّ ممّا لا يعرفه الرّجال[2].

المسألة الثّانية:

قوله: «فَدَعَا النِّسَاءَ» يريد القوافي، وهي مسألةٌ عظيمةٌ بيّنّاها في موضعها، وهي القولُ بالقَافَةِ، والأصلُ في ذلك: حديث مُجَزِّز المُدْلِجِيّ، رواه الأيمّة[3]، ولم يُدْخِله مالك. ثبت أنّ رسول الله ﷺ دَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيَّ نَظَرَ الآنَ إِلَى أُسَامَةَ وَزَيْدٍ وَهُمَا فِي قَطِيفَةٍ قَدْ غطّيا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ... الحديث إلخ، وهو صحيح.

العربيّة:

قال: والقَافَةُ جمعُ قائفٍ وهم الّذين يُميِّزُون الدِّماءَ ويلحقون النّاس بعضهم ببعض.

اللفظ الثّاني: قوله: «تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ» الأسارير: هي الغضون والتَّكَسُّر الّتي في الوجه، واحدُها سِرّ ـ بكسر السين ـ وجمْعُها أسرار، وجمعُ الجَمْعِ أسارير[4].

الأصول[5]:

قال الإمام: وجهُ الدّليلِ من هذا الحديثِ؛ أنّ النّبيّ ﷺ سُرَّ بقول القائفِ في إثباتِ نَسَبِ أُسَامةَ بنِ زَيْدٍ، لشَبَهِ(٢) الأقدامِ في التّقدير والهيئةِ، وإن اختلَفا في اللّون، فإنّ زَيْدًا

---

(١) في تفسير الموطأ: «مذهب». (٢) ف: «بسبب».

....

«وفيه: أنّ المرأة تُقِرُّ بانقضاء العدّة فتتزوج، فتأتي بولد لأقلّ من ستّة أشهر من يوم تزوّجها الثّاني، قد يضرّها إقرارها بانقضاء العدّة».

(1) تتمة الكلام كما في تفسير الموطأ للقنازعي: «وهذ... سل في الردّ عند الحكم إلى أهل الصناعات».

(2) أخرجه البخاري (6770، 6771)، ومسلم (1459) وغيرها.

(3) انظر المعلم للمازري: 2/ 117.

(4) انظره في القبس: 3/ 918.

(5) الفقرة الأولى من هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 14، وانظر القبس: 3/ 918 ـ 919.

(6) أي في أولاد الإمَاء والحرائر، انظر الاستذكار: 22/ 187.

كان أبيضَ وأُسَامةَ أسودَ، والنّبيُّ ﷺ لا يُسَرُّ بالباطلِ، على ما قرّرناه في «أصول الفقه».

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى[1]:

لم يختلف قولُ مالكٍ وأصحابه في القَافَةِ في الإماء[2]، واختلف قوله في الحرائر[2]، فالمشهور عنه أنّه لا يُدْعَى لهم القَافَة.

وحكَى عبدُ الوهّاب في «مَعُونَتِه»[3] عن ابنِ وَهْب أنّه يدعى لهم القَافَة، وبه قال الشّافعيّ[4].

وحديثُ النّبيّ ﷺ إنّما[١] كان في الحرائرِ ولم يكن في الإماءِ، فلا وَجْهَ لغير هذا.

المسألة الثّانية[5]:

واختلف علماؤنا في ثُبوتِ النَّسَب بالقَافَةِ، هل يكونُ لواحد أو لاثنين؟ فمذهبُ مالك[6] أنّه يكون للرّجل أَبَوَانِ. قال أبو يوسف: نعم وأُمَّان.

وأمّا قول أبي يوسفَ هذا فما رأيتُ له في أثناء الطَّلَب دليلاً أحكِيهِ؛ لأنَّ المشاهدةَ تُبْطِلُه وتَنْفِيه. وأمّا الأَبَوَانِ فلا إشكالَ فيه[7]، وقد تبيَّنَ في حديث عمرَ وجهُ امتزاجِ الماءينِ، وإذا اضطررنا إلى القَافَةِ وتعارَضَ الشَّبَهُ ألحَقْناهُ[٢] بهما، فمن علمائنا من قال: يقال لهما: انظروا[٣] إلى أغلب الشّبهِ.

---

(١) م، ف، جـ: «انه» والمثبت من القبس.

(٢) في القبس: «وألحقناه».

(٣) ف: «انظر»، وفي القبس: «انظرا».

....

(1) 2/ 1082 قال: «وذكر الشيخ أبو بكر الأبهري، عن أبي يعقوب الرّاوي؛ أنّ ابن وهب روى عن مالك أنّه يحكم فيه [أي في ولد الحرة] بالقافة كولد الأَمَة».

(2) في الأم: 6/ 248 ـ 249 (ط. النجار)، وانظر الحاوي الكبير: 17/ 380.

(3) انظرها في القبس: 3/ 919.

(4) في المدونة: 8/ 341 (ط. صادر) في الرجلين يطآن الأَمَة في طهر واحد فتحمل.

(5) أي في أنّه ممكن.

(6) في الموطأ (2159) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2889)، وسويد (277)، وابن بكير عند البيهقي: 10/ 263.

ويقال له: فإن اسْتَوَيَا، فماذا يكون الحُكْمُ؟

فقد قال ابنُ القاسم وغيرُه من العلماء: إذا ألحقَتِ القافَةُ الولدَ بهما كان ابنًا لهما.

وقال بعضُهُم: يُوَالِي من شاء.

قال ابنُ القاسم وغيرُه: يكون ابنًا لهما ولا يكونُ له الاختيارُ. وقد رُوِيَ عن مالكٍ أنّه[١] قال: إنّ القافَةَ لا تكون في بغايا الجاهليّة، وإنّما تكونُ في أولاد الرِّشْدَةِ. وهذا خلافُ حديثِ عمرَ الّذي أدخل، والصّحيح أنّها تجري فيهم؛ لأنّه إذا جَازَ استلحاقُهم بالدَّعوَى، فكلُّ نَسَبٍ يلحَقُ بالدَّعْوَى والفراشِ تدخلُه القَافَةُ.

حديث سلمان بن يَسَارٍ[1]؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلاَدَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعاهُمْ فِي الإِسْلاَمِ، فَأَتَى رَجُلاَنِ كِلاَهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ، فَدَعَا عُمَرُ قَائِفًا، فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا، فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ، فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خَبَرَكِ، فَقَالَتْ: كَانَ الْمَاءُ[٢] لأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ، وَهِيَ فِي إِبِلٍ لأَهْلِهَا، فَلاَ يُفَارِقُهَا. . الحديث.

العربيّة[2]:

قولُه: «يُلِيطُ» يعني: يُلحقهم بمنِ ادَّعاهُم ويُلصقُهم به. والكلمةُ[٣] مشتقَّةٌ من الشّيء المليط[٤] بالشّيء، يعني الملتصق به.

وقال في «الغريب»: كان يُليط أولاد الجاهلية بالآباء في الزِّنا[3]. يُلِيطُ ـ بضم الياء وكسر اللاّم ـ أي: يلحق ويلصق. تقول العرب: الولد أَلْيَط، أي ألصق بالرَّجُل.

---

(١) م، ف، ج: «عن ابن القاسم وغيره ومالك أنّه» والمثبت من القبس.
(٢) «الماء» ساقطة من: م، ف، وهي في الموطّأ: «هذا».
(٣) في تفسير الموطأ: «والإلاطة» وكذا في شرح ابن حبيب.
(٤) في تفسير الموطأ لابن حبيب: «الملتاط».

....

(1) الفقرة الأولى من كلامه في العربية مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/ب، والبونيُّ نفسه نقلها عن ابن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 106 ـ 107 [2/ 12].
(2) انظر الاقتضاب في شرح غريب الموطأ: 79/ب.
(3) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ: 102/ ب، والفقرة الأولى منها اقتبسها البونيّ من تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 106 ـ 107 [2/ 13].

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأُولى[1]:

قال علماؤنا: كان أولئك أولاد لزَنْيَةٍ، وكذلك السُّنَّةُ اليومَ فيمن أسلمَ من النَّصَارى واليهود، ثمّ ادَّعَى ولدًا كان من زنا في حال نصرانيَّتِه، أنّه يُلْحَق به إذا كان مجذوذَ[2] النَّسَبِ، لا أَبَ له ولا فِرَاشَ فيه.

قال ابنُ مُزَيْن[3]: أفيؤخذ[١] بذلك الحديث في مثلهم ممّن أسلم اليوم؟ قال: نعم. ولو أسلم[٢] قوم بجماعتهم في دارهم، وتحمّلوا إلى دار الإسلام، فادَّعَى بعضُهُم ولد الزنية؟ قال: نعم مِنْ حُرَّةٍ كان الولد أو من أَمَةٍ، إلاّ أن يدَّعِيهِ معه سيِّدُ الأَمَةِ أو زوجُ الحُرَّةِ.

المسألة الثانية[4]:

قال علماؤنا[5]: في هذا الحديث ما يدلُّ على قَبُولِ القائفِ الواحد والحكم به.

وقال عيسى[٣]: لا يجوز من القَافَة إلاّ اثنان فصاعدًا، ولا يقبل في ذلك إلاّ أهل العدل.

ويحتمل أن يكون عمرُ إنّما ضَرب القائفَ بعد أن ادَّعَى المُبَادَرَة بالقول قبل العِلْم والتّأمل، والله أعلم.

قال علماؤنا[6]: ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لأنه لم يجد غيره، ويُحتمل أنّه اقتصر عليه لتحقّق الحكم به.

---

(١) ف: «أيؤخذ».

(٢) في تفسير البوني: «اليوم إن أسلم».

(٣) في النسخ: «وقال ابن القاسم وقال عيسى» والمثبت من تفسير البوني.

....

(1) أي مقطوع.

(2) في تفسير البوني: «قال ابن مزين لعيسى: فقلتُ».

(3) الفقرات الثلاث الأولى مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 102/ ب.

(4) المراد هو الإمام البونيّ.

(5) المراد هو الإمام الباجي في المنتقى: 6/ 14.

(6) الذي في المنتقى: «وقد روى ابن حبيب عن مالك...».

(7) انظر الحاوي الكبير: 17/ 386، 391.

وقال ابنُ حبيب[1]: إنّما يجوز القائف الواحد إذا كان عَدْلاً ولم يوجد غيره، وهو قولُ الشّافعيّ[2]، وعليه الجماعة من أصحابنا، إلاّ ما رواه أشهب عن مالك أنّه لا يجزىء إلاّ قائفان، وبه قال عيسى[3].

المسألة الثّالثة[4]: في التّوجيه(١)

فوجه الأوّل: أنّ هذه طَريقَةُ الخبر عن عِلْمٍ يختصُّ به القليل من النّاس، كالطّبيب والمفتي.

ووجه الثاني: أنّه يختصُّ بسَمَاعِهِ الحكّام والحكم به، فلم يجز في ذلك أقلّ من اثنين، كالشّهادات لأنّه طريقه.

القضاء في ميراث الولد المُستَلْحق

الفقه في مسائل:

المسألة الأُولى[5]:

قولُه[6]: «الأَمْرُ الْمُجتَمَعُ عَلَيْهِ». وهذا كما قال، أنّ مذهب أهل المدينة في الّذي يتوفّى ويترك وَلَدَيْنِ، ويترك ستّة مئة دينار، أنّ لكلِّ واحدٍ منهما ثلاث مئة دينار.

فإن قال أحدهما: إنَّ أباه أَقَرَّ لرَجُلٍ أنّه ابنه.

قيل له: قد أقررتَ له بمالٍ، فانظر إلى ما في يدك ممّا كان يصير له لو ثبت نسبُهُ فتدفعه إليه؛ لأنّك مقرٌّ له به.

ولو ثبتَ نسبُهُ، لكان لكلِّ واحدٍ منهم مئة دينار، وقد أخذ هذا ثلاث مئة دينار،

---

(١) ف: «الترجمة» وهو تصحيف.

....

(1) انظر الفروق للقرافي: 1/ 8، والتبصرة لابن فرحون: 2/ 290.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 14.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 17.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2161) رواية يحيى، ورواه عن مالك أبو مصعب (2891).

(5) المصدر السابق.

(6) انظر قول الشافعي في الاستذكار: 22/ 199 - 200.

والمئة الزائدة قد أقَرَّ بها للمقرّ به(١)، وبهذا قال مالك[1].

وقال الشّافعيُّ: لا يلزمه أن يعطيه شيئًا؛ لأنّه أقرّ له بشيءٍ لا يستحقُّه إلاّ من جهة النَّسَبِ[2].

ودليلُنا: أنّ إقرارَهُ يتضمّن شيئين:

أحدهما: النَّسَب، وهو إقرارُهُ على غيره فلا(٢) يثبت إلاّ بمجرَّد قوله.

والثاني: إقرارُه بمالٍ في يده فلزمه، كما لو توفّي رجلٌ وترك وَلَدًا واحدًا، فأقرّ بأخٍ ثبتَ نسبُهُ[3] أنه إنّما أقرّ على نفسه وعلى أخيه، وقد مهّدنا ذلك في «كتب المسائل».

القضاء في أمّهات الأولاد

قال الإمام[4]: هذه كلمةٌ مخصوصةٌ بالإِمَاء إذا وَلَدْنَ، يقالُ: زوجةٌ وأمُّ وَلَدٍ، فتكونُ(٣) الأَمَةُ أَمَةً حتَّى تَلِدَ، فإذا ولَدَتْ صارت أمَّ وَلَدٍ، بل تكونُ أُمّ وَلَدٍ بالحَمْلِ إجماعًا.

واختلفوا في الحَمْلِ الّذي تكونُ به أُمّ وَلَدٍ، فقال مالكٌ: تكونُ أمّ وَلَدٍ بالعَلَقَةِ فما فوقَها[5].

وقال الأوزاعيُّ: تكونُ أمّ وَلَدٍ بالمُضْغَةِ[6].

وقال الشّافعيّ[7]: تكون أُمّ وَلَدٍ بالعين والظُّفرِ.

---

(١) م، ف: «له».

(٢) جـ: «فلم»، وفي المنتقى: «لأنّه».

(٣) لعلها: «فلا تكون».

....

(1) كأنّه سقطت هاهنا جملة نرى من المستحسن إثباتها كما وردت في المنتقى: «... نسبه عند الشّافعيّ، وقاسمه المال باتفاق. مسألة: وقال أبو حنيفة: يلزم المقرّ أن يدفع إليه نصف ما بيده دون المنكر، والدّليل على ما نقوله أنه إنّما...».

(2) انظر هذه المقدمة في القبس: 3/ 920 - 921.

(3) انظر المعونة: 3/ 1489.

(4) حكاه عن الأوزاعي ابن المنذر في الإشراف: 1/ 378.

(5) انظر الإشراف لابن المنذر: 1/ 377، والحاوي الكبير: 18/ 308.

(6) الحج: 5. وتتمّةُ الكلام كما في القبس: «إلى قوله: ﴿مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ﴾ فلم يجعل لها خلقًا إلاّ بعد المضغة».

وقال قومٌ: إنّما تكون أُمُّ وَلَدٍ بخلْقَةِ الآدميّ.

وقال مالك في أثناء كلامه وعند سرد قوله: وما يَرَى النساءُ أنّه وَلَدٌ.

والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِن كُنتُمْ فِى رَيْبٍ مِّنَ ٱلْبَعْثِ﴾ الآية[1].

وفي الحديث الصّحيح عن النّبي ﷺ أنّه قال: «يُجْمَعُ خَلْقُ أَحَدِكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نُطْفَةً، وَأَرْبَعِينَ عَلَقَةً، وَأَرْبَعِينَ مُضْغَةً، فَإِذَا أَرَادَ اللهُ خَلْقَهَا كَانَ»[2] وذكر الحديث. فلم يجعل للخَلْقِ رُتبة إلاّ بعد كونه مُضْغَة، ولا يكون ولدًا إلاّ بعد كونه خَلقًا، ولا تكون هي أمّ وَلَدٍ حتّى يكونَ الولَدُ، فهذا هو الأسلوبُ المَهْيَعُ(١).

وإذا أسقطتِ المرأةُ دَمًا مجتمعًا منعقدًا متماسكًا أو متناثرًا، فإنّه يحتمِلُ أن يكونَ تركيبَ خِلْقَة، ويحتمِلُ أن يكون عقدةً تجمّعت من خِلْطٍ، ولا يقضي أحدٌ فيها على يقينٍ ثابتٍ بمشكوكٍ فيه في إبطال حقٍّ ولا إثباته.

فإذا ثبت أنّها تكون أمَّ ولَدٍ، فأجمعتِ الأُمَّةُ على أنّ بيعَها لا يجوزُ من لَدُنِ عليّ ابن أبي طالبٍ إلى زمان دَاوُدَ الأصبهانيّ.

قال عليّ بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ على المِنْبَرِ: كنتُ أرَى رَأْيَ أبي بكر وعمرَ في أنّ أمّ الولَدِ لا تُبَاعُ، ثمّ ظهَرَ لي(٢) أنّ بيعَها جائزٌ. فقال له عَبِيدَةُ السَّلمانيُّ: رَأْيُكَ والله يا أميرَ المؤمنينَ مع رأي أبي بكر وعمرَ أحبُّ إلينا من رأيِكَ وحدَكَ[3].

ثمّ ثبتَ أنّ عليًا رَجَعَ عن ذلك[4]، واستقرّ الأمرُ بين المسلمين عليه إلى الوقت الّذي ذكرنا.

---

(١) م، جـ: «المتبع».

(٢) «لي» استدركناه من القبس.

....

(1) أخرجه ـ مع اختلاف في الألفاظ ـ البخاري (2308)، ومسلم (2643) من حديث عبد الله بن مسعود.

(2) أخرجه عبد الرّزّاق (13224) وصحّحه ابن حجر في تلخيص الحبير: 4/ 219.

(3) أخرجه عبد الرّزّاق (13231) والبخاري (3707).

(4) في سننه (3954 م).

(5) كالحاكم: 2/ 22 وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم»، والبيهقي: 10/ 347 وغيرهما.

(6) انظره في القبس: 3/ 921 ـ 923.

وتعلّقوا في ذلك بحديث جابر الّذي رواه أبو داود[1] وغيره[2]، قال جابر: «كُنَّا نَبِيعُ سَرَايَانَا[١] وَأُمَّهَات أَوْلاَدِنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله وأَبِي بَكْرٍ، ثُمَّ نَهَانَا عُمَر» وهذا حديثٌ ضعيفٌ لا يُلتفتُ إليه.

تنبيه[3]:

واجتمعَ أبو العبّاس بن سُرَيْج مع أبي بكر بن دَاوُدَ، فاحْتَجَّ أبو بكر بنُ داودَ على أنّ أمّ الولَد تباعُ، وقال: أجمَعْنَا على أنّها إذا كانت أَمَةً تُبَاعُ، فمَنِ ادّعَى أنّ هذا الحُكْمَ يزولُ بولادَتِها فعليه الدّليلُ.

قال أبو العبّاس بن سُرَيْج له: أجمعنا على أنّها إذا كانت حاملاً لا تُبَاعُ، فمنِ ادَّعَى أنّها تُبَاعُ إذا انفصلَ الحملُ فعليه الدّليلُ أيضًا. فَبُهِتَ أبو بكرٍ.

بَيْدَ أنّ علماءنا أشاروا في ذلك في إثبات هذا الحكمِ بمنَازِعَ من حديث النّبيِّ ﷺ، وكلُّها صحيحةٌ، منها:

1 ـ قولُ النّبي ﷺ حين ذكر أشراطَ السّاعةِ فقال: «أَنْ تَلِدَ الأَمَةُ رَبَّهَا»[4] وفي رواية[5]: «بَعْلَهَا[٢]» والبعلُ: هو السَّيِّدُ في لغة العرب، ومعنَى كونه سيِّدًا: أنّها استفادت الحريَّةَ بسببه، ولا يصحُّ أن يكون له معنًى سِوَاهُ.

2 ـ الثّاني: حديث أبي سعيد الخُدْريّ أنه قال: أَصَبْنَا سَبَايَا، واشْتَدَّتْ عَلَيْنَا الْعُزْبَةُ، وَأَحْبَبْنَا الْفِدَاءَ، فَأَرَدْنَا أَنْ نَعْزِلَ، فَقُلْنَا: كَيْفَ نَعْزِلُ والْقُرْآنُ يَنْزِلُ فِينَا، فَسَأَلْنَا رَسُولَ اللهِ عَنْ ذَلِكَ. وذكر الحديث[6].

فإن قيل: إنّما معنى قوله: «فَأَحْبَبْنَا الْفِدَاءَ» لأنها ما دامت حامِلاً لا تُباع ولا يُفَادَى

---

(١) في القبس: «سرارينا».

(٢) «بعلها» استدركناها من القبس.

....

(1) أخرجه البخاري (50)، ومسلم (9) من حديث أبي هريرة.

(2) هي رواية مسلم.

(3) أخرجه ـ مع اختلاف في الألفاظ ـ البخاري (2542)، ومسلم (1438).

(4) أخرجه البخاري (2739) من حديث عمرو بن الحارث.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 21.

(6) يعني بكتب الفقه: كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك، وكتاب ابن حبيب عن مالك، نَصّ

بها حتّى ينفصلَ الولدُ، فخَشِيَ أبو سعيدٍ وأصحابُه أن يقعوا في هذه الحالةِ.

قلنا: قد تقدّم الجوابُ، وأنّه إذا تقرَّرَ[١] المنعُ في حالةٍ، فما الدّليلُ الّذي يَدْفَعُهُ[٢]؟

قلنا: قد قال علماؤنا: قدِ استأثرَ اللهُ بنبيِّه[٣] ﷺ، وطلَبَ بعضُ أزواجِه وِرْثَهُ[٤]، وقال أصحابه وخُلفاؤه: إنّ رسول الله ﷺ لم يَتْرُكْ إلا بغلتَهُ وسلاحَهُ وأرضَ كذا[1]، ولم يذكروا مارِيَةَ[٥] ولا اعترضها أحدٌ من الطّالبين، ولولا كونُها أمَّ وَلَدٍ لطلَبَتْها فاطمةُ والعبّاسُ للاستخدام أو البيعِ.

قد تعلّق بعضُ علمائنا بأنّ الأثرَ قد وَرَدَ، وأجمعتِ الأمّةُ عليه في المنع من التّفريق بين الأمِّ ووَلَدِها، وذلك[٦] يمنَعُ من بيع أمِّ الولدِ، وهو حُكْمٌ لا إشكالَ فيه، فاتَّخِذُوا هذه الأقوال أنموذجًا في الاحتجاج للمخَالِفِ.

الفقه في ثمان مسائل:

المسألة الأولى[2]: فيما تصير به أمّ ولد

ففي كتب الفقه[3]: أنّها تكون أمّ ولد بكلّ ما أسقطته إذا علم أنه مخلق، وفيه تجب الغرّة، وهو أحد قولي الشّافعي[4]. وقد تقدّم اختلافُ القومِ في ذلك فمنهم: من قال بالمضغة. ومنهم من قال بالعَلَقَة، فلينظر هنالك في أوّل الباب.

المسألة الثّانية[5]:

أنّ حكمها لا يملكها[٧] غيره ببيع ولا هِبَةٍ.

---

(١) م، ف، جـ: «انفرد» والمثبت من القبس. (٢) ويمكن أن تُقرأ: «يرفعه».
(٣) م، ف، جـ: «نبيه» والمثبت من القبس.
(٤) في القبس: «بعض ورثته ميراثه».
(٥) م، ف، جـ: «إماءه» والمثبت من القبس.
(٦) م، ف، جـ: «وكذلك» والمثبت من القبس.
(٧) م، ف، جـ: «لا يملكه» والمثبت من المنتقى.

....

على ذلك الباجي.
(1) انظر الحاوي الكبير: 18/ 310.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 22.
(3) يقول ابن المنذر في الإشراف: 1/ 375 «وعلى هذا أدركنا عامّة علماء الأمصار».
(4) الكلام كما لا يخفى هو للإمام الباجي وبالتالي فالإحالة هي على المنتقى.
(5) سبق تخريجه.

وهو مذهبُ جميع الفقهاء مالك وأبي حنيفة والشّافعيّ[1]، وقد تقدّم تفسير حديث أبي سعيد في غزوة بني المصطلق من(١) الدّليل ما يغني(٢) عن(٣) إعادته[2].

والدّليلُ على ذلك: إجماع الصّحابة، لحديث عليّ وقول(٤) عَبِيْدَة السَّلْمَاني[3].

المسألة الثّالثة[4]: فيما بقي له[5] فيها وفي ولدها

فروى محمّد عن ابنِ القاسم أنّه ليس للرَّجُل أن يتعبها(٥) في الخدمة وإن كانت دَنِيئة، وتُبْتَذَلُ الدَّنِيئة في الخدمة الخفيفة بما لا تُبْتَذل فيه الرَّفيعة.

وقال عبد الوهّاب[6]: «له استخدامها فيما يقرب ولا يشق».

وقال أبو حنيفة[7] والشّافعيّ: له فيها الخدمة والاستمتاع.

وهو الأظهر؛ لأنّه المقصود من ملكها، وإنّما منع أن يملكها غيره.

وأيضًا: فإنّه لا خلاف أنّ للسَّيِّد استخدامَ ولدها وحكمه كحكمها[8].

وممّا تعلّق به مالك: أنّه ممنوعٌ من بيعها، وأنّها لا تُعْتَق في ثُلُثه، فلم يكن له استخدامها كالحرّة.

المسألة الرّابعة[9]:

وهل له أن يجبرَها على النّكاح أم لا؟ كره مالك أن يُزَوِّج الرَّجُل أمّ ولده.

---

(١) م، ف، ج: «فمن» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ج: «بقي».

(٣) «عن» استدركناه من المنتقى.

(٤) لعلّها: «في قول».

(٥) م: «يتبعها»، وفي المنتقى: «يعنتها» وهي سديدة.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 23 ـ 24.

(2) أي بقي له فيها من التّصرُّف والمنفعة.

(3) في المعونة: 3/ 1489.

(4) انظر المبسوط: 7/ 160.

(5) وذلك لأنّ كلّ ذات رحم فولدها بمنزلتها في الرّقّ والحرّيّة، فعلى هذا يكون له استخدام الأمّ.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 24.

(7) انظر الحاوي الكبير: 18/ 320، والإشراف لابن المنذر: 1/ 380.

(8) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 24.

(9) في الواضحة، كما نصّ على ذلك الباجي. وانظر المعونة: 3/ 1496.

وقال الأبهريُّ: إنّه ليس له فيها إلاّ الاستمتاع، فكره له أن يُزَوِّجَها وإن رضيت.

ومعنى ذلك عندي: أنّه شَبَّهَهَا بالزّوجة الّتي ليس له فيها إلا الاستمتاع، ولا يجوز لها[١] أن تتزوّج[٢] مع بقاء ذلك السّبب.

فإن زَوَّجَها، فقال ابنُ القاسم في «المدوّنة»: لا أفسخه.

وقال الشّافعيّ[1] في أحد قَوْلَيْه[٣]: لا يجوز له أن يُزَوِّجَها.

ودليلنا: أنّه وليٌّ لها، فجاز إنكاحها لها كما لو نفذ عتقها.

فرع[2]:

واختلف قولُ مالك في إجبارها على النّكاح، فقال ابنُ حبيب[3]: له أن يكرهها على النّكاح.

وقد اختلف فيه قول مالك، وثبت على أنّه لا يزوّجها إلاّ برضاها[4].

ووجه القول الأوّل: أنّها أَمَةٌ يملك الاستمتاع بها بملك اليمين، فملك إجبارها على النّكاح كالأمة القنّ[٤].

المسألة الخامسة[5]: في حكم مالها في حياته

فللسّيِّد انتزاعه ما لم يمرض؛ لأنّها باقيةٌ على ملكه بقاءً تستحق به[٥] النّفقة،

---

(١) م، ف، ج: «له» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ج: «يتزوج»، ف: «يتزوجها» والمثبت من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «أقواله».

(٤) م، ف، ج: «ووجه ذلك: انما [وفي ج: انه] يملك الاستمتاع منها» والجملة ناقصة، وقد استدركنا النّقص من المنتقى.

(٥) م، ف، ج: «... ملكه لها تستحق» والمثبت من المنتقى.

....

(1) ووجه هذا القول: أنّها ثبت لها سبب حريّة يمنعه رهنها وإجارتها، فوجب أن يمنعه إجبارها على النّكاح كالمكاتَبة.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 24.

(3) 3/ 54 في أمّ الولد يكاتبها سيدها.

(4) في المعونة: 3/ 1493.

(5) يقول الباجي في المنتقى: «ووجه ذلك عندي: أنّ من تقرّر ملكه على مالٍ بموت إنسان فإنّه لا يملك

ويبيح[١] الاستمتاع بها، فكان له انتزاع مالها. أصل ذلك: الأَمَة في حال الرّق، وليس له انتزاعه إذا مرض على ما في «المدوّنة[٢]»[1]، وقال عبد الوهّاب[2]: «إذا اشتدّ مرضُه لم يكن له انتزاعه، كما ليس له إخراج ماله في المرض المخوف، إبقاءً على ورثته لِقُرْبِ وقتِ استحقاقهم له». كالمعتق إلى أجلٍ، للسَّيِّد انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل[3].

فرع[4]:

وإذا أفلس سيّدها، فليس لغرمائه أخذ مالها، ولا أن يجبر السَّيِّد على ذلك، وللسَّيِّد أن يأخذه لنفسه ولقضاء دَيْنِه[5].

المسألة السادسة[6]: في حكم مالها وحكمها بعد موته

فإنّها تُعْتَق من رأس ماله، وإن كان عليه دَيْن يحيط به[7]. وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته، فأمّا إن تُوُفِّيَ وهي حاملٌ ففي «العُتْبِيّة»[8] عن أشهب وفي «الواضحة»[9] أيضًا: إن كان الحملُ بَيِّنًا فقد تمّت حرمتها في الشّهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك.

المسألة السّابعة[10]:

قوله[11]: «إِذَا جَنَتْ ضَمِنَ سَيِّدُهَا» يريد: أنّه يلزمه أن يفتديها بالأقلّ من الأَرْشِ أو

---

(١) م، ف، ج: «ويستبيح» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «المعونة» والمثبت من المنتقى.

....

انتزاعه منه في مرضه كالوارث».

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 24، وقد عزا الباجي هذه المسألة إلى المدوّنة.

(2) ووجه ذلك: أنّ انتزاع مال أمّ الولد بملك لما يملكه باختياره ليقضي به دَيْنه، وذلك مما لا يُجبر عليه السَّيِّد، كقَبُول الهِبَة والوصيّة.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 25.

(4) تتمة الكلام كما في المنتقى: «. . . به فإنّها حرّة».

(5) 4/ 92 من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، من كتاب الأقضية الثالث.

(6) من رواية مطرف عن مالك، نصّ على ذلك ابن رشد في البيان والتحصيل: 4/ 92.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 25.

(8) أي قول مالك في الموطأ (2165) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2883).

(9) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 25.

(10) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 25 ـ 26.

(11) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 26.

قيمتها؛ لأنّه لمّا لم يكن له أن يملكها غيره، لم يكن له أن يسلمها، ولو كانت أَمَة لكان له أن يفتديها بالأَرْشِ، أو يسلمها بقيمتها.

واختلفوا في تقويمها، فقال أشهب في «الموّازية»: خالَفَنِي ابنُ القاسم والمُغِيرَة في أمّ الولد، فقالا: على السَّيِّد قيمتها يوم جنت، فرجع ابن القاسم وتَمَادَى المُغِيرَة، وإنّما عليه قيمتها يوم الحكم.

فرع[1]:

فإذا قلنا: تُقَوَّمُ، فهل تُقَوَّم بمالها أم لا؟ قال محمّد عن أشهب عن مالك(١): تُقَوَّمُ بغير مالها. وأنا أرى أن تُقَوَّم بمالها، وبه قال: المُغِيرَة وعبد المَلِك.

فرع[2]:

فلو ماتت بعد أن جنت، ففي «المجموعة» عن ابن القاسم: لا شيء للمجروح من مالها؛ لأنّها لو كانت حيّة قُوِّمَت بغير مالها.

وقال عبد الملك: إن كان عينًا وفَى(٢) منه الأَرْش، فإن لم يكن يفي، لم يكن له غيره.

المسألة الثّامنة[3]:

قوله[4]: «وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا» هذا إذا كانت جناية واحدة، فإن تكرّرت وتعقب كلّ جناية الحكم فيها حكم الثّانية وما بعدها حكم الأولى[5]، فإن جنت

---

(١) «عن مالك» استدركناها من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «أدى».

....

(1) أي قول مالك في الموطأ (2165) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2881)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 3/ 114.

(2) عبارة المنتقى: «فإن تكرّرت جناياتها، فإن تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى».

(3) ووجه ذلك: أن الحكم فيها لمّا كان حكمًا واحدًا كان حكم جناياتها حكم جناية واحدة.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 26.

(5) انظر المبسوط: 4/ 330.

جنايات ثمّ قام المجني عليه[١]، ففي «المدنية»[٢] من رواية محمّد عن مالك: ليس عليه إلاّ قيمتها[1].

فرع[2]:

وليس على العاقلة شيءٌ من جناية أمّ الولد؛ لأنّها أَمَة، ولا تحملُ العاقلة إلاّ جناية الأحرار.

وقال أبو يوسف: إن لم يفتدها السَّيِّد أعتقها عليه، وجعلت ديّة قتيلها[٣] على العاقلة[3]، وهذا غيرُ صحيحٍ.

القضاءُ في عمارة المَوَاتِ

مالكٌ[4]، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ[٤]، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

وهو عن عُروة مُرْسَلٌ[٥][5].

---

(١) في المنتقى: «عليهم».

(٢) م، ف، ج: «الموازية» والمثبت من المنتقى.

(٣) «قتيلها» استدركناها من المنتقى.

(٤) م، ج: «. . . له، ومثله حديث سُهيل [وفي ج: سهل] أيضًا مرسل الإسناد. حديث سهيل [وفي ج: سهل] مرسل في رواية مالك، ومثله حديث: من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حقٌّ».

(٥) م، ف، ج: «مرسل أيضًا» ولعلّ الصواب حذف أيضًا.

....

(1) في الموطأ (2166) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2893)، وسويد (278)، ومحمد بن الحسن (833)، والشافعي في الأم: 7/ 230 (ط. النجار).

(2) يقول ابن عبد البر في الاستذكار: 22/ 207 «لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث» وانظر التمهيد: 22/ 280.

(3) انظر القبس: 3/ 923 ـ 924.

(4) الحديث (2335).

(5) في سننه (3074 م) من حديث عروة عن أبيه.

وقد[1] ثبت في الصّحيح عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا» خرّجه البخاريّ[2].

أمّا قوله: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» فهو حديثٌ صحيحٌ، ورَوَى أبو داود[3] نازلة تعضُدُه: أنّ رجلين اختصما إلى رسولِ الله ﷺ، فقال أحدُهما: إنّ أرضي غَرَسَ هذا فيها نخلاً، فقضَى رسولُ الله ﷺ لصاحبِ الأرضِ بأرضِهِ، وأمرَ صاحبَ النّخْلِ أن يُخرِجَها منها. قال: فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا وإنّ أصولَها لَتُضْرَبُ بالفُئُوسِ حَتَّى أُخْرِجَت عنها وهي نَخْلٌ عُمٌّ.

الأصولُ والغريب[4]:

اختلف النّاسُ في هذا الحديث الّذي خرّجه أبو داود، هل هو تَعَبُّدٌ(١) أم مُعَلَّلٌ؟ فالّذين قالوا إنّه معلَّلٌ اختلفوا في تعليله:

فمنهم من قال: إنّ العلّةَ فيه الاشتراكُ بين الخَلْقِ، كالماءِ والحطبِ والحشيشِ، فَتَخلُصُ بالإحياء للمُحْيِي، كما تَخلُصُ بالاحتطابِ والاحتشاش والاصطياد والاستقاء، كلُّ ذلك لفاعله.

وقيل في تعليله: إنّما ذلك إلى الإمام يُخْلِصُهَا لمن شاء، وليست كالماء والحشيش والحطب والصّيد؛ لأنّ ذلك ليس بثابتٍ ولا مُتَحَصِّلٍ(٢). وقد رَوَى الدّارقطنيُّ أنّ النّبي ﷺ قال: «مَوَتَانُ الأَرْضِ[5] للَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنّي أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ»[6] وهذا

---

(١) في القبس: «تعبدي» وهي سديدة.
(٢) في القبس: «محتمل».

....

(1) انظرهما في القبس: 3/ 924.
(2) يقول الخطابي في إصلاح غلط المحدّثين: 156 «يعني الموات من الأرض، وفيه لغتان، يقال: مَوْتان - مفتوحة الميم ساكنة الواو -، ومَوَتَان - الميم والواو متحركتان -»، وانظر تصحيفات المحدّثين للعسكريّ: 247.
(3) لم نجده في سنن الدارقطني. وقد رواه البيهقي: 6/ 143 إلى قوله: «ولرسوله» وزاد بدل الباقي: «فمن أحيا منها شيئًا فهو له» من رواية طاوس عن ابن عباس، ثم قال: تفرد به معاوية بن هشام = مرفوعًا موصولاً. قال ابن الملقن في البدر المنير: 2/ 109 «هو صدوق، وهو من رجال الصّحيح» وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 62 «قوله في آخره: أيها المسلمون، مُدْرَجٌ ليس هو في شيء من طرقه».

يَرْفَعُ[١] التَّعليلَ الأخيرَ[٢]، ويرفعُ التَّعبُّدَ، ويُوجِبُ الاشتراكَ، ويَقْضِي للمُحْيِي بالاختصاصِ كما يقضِي للمُحتَطِب والْمُحْتَشّ.

العربيّة[1]:

قال الشّارحون للحديث[2]: «الْعِرْقُ الظَّالِمُ» عِرْقان: عِرْق باطنٌ وعِرْق ظاهرٌ. فالعِرْقُ الباطن: ما احْتَفَرَهُ الرَّجُل من الآبار أو اغترسه من الغِرَاسِ والعرق الظّاهر: ما بناه الرَّجُل من البُنيان في أرض غيره[3].

وقوله: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» يريد: ليس له حقٌّ[٣] كحقِّ من غَرَسَ أو بَنَى[4].

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[5]:

قوله[6]: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً». قال علماؤنا[7]: إحياؤها عِمَارتها، وموتها تبويرُها،

---

(١) ويمكن أن نقرأ: «ويدفع».

(٢) م، ف، ج: «الآخر» والمثبت من القبس.

(٣) «يريد: ليس له حقٌّ» زيادة من تفسير البوني يلتئم بها الكلام.

....

(1) كلامه في العربية مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 103/أ، والبونيُّ اقتبسه من تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 108 [2/15].

(2) المراد هما البوني وابن حبيب، وقد رويا عن مالك، قال: «وبلغني عن ربيعة أنّه قال...».

(3) تتمة الكلام كما في المصدرين المذكورين: «قال ابن حبيب: فالحكم فيه: أن يكون صاحبُ الأرض مخيّرًا على الظّالم، إن شاء حبس ذلك في أرضه بقيمته مقلوعًا، وإن شاء نزعه الظّالم من أرضه».

(4) تتمة الكلام في تفسير البوني: «... بناءً أو غرس بشبهة، فإذا غرس بشبهة فله حقّ، إن شاء ربّ الأرض أن يدفع إليه قيمة ما بنى أو غرس قائمًا فعل، وإن أَبَى قيل للّذي غرس وَبَنَى: ادفع إليه قيمة أرضه بَرَاحًا. وإن كانا شريكين: هذا بقيمة أرضه بَرَاحًا. وهذا بقيمة ما بنى وغرس قائمًا».

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 26 ـ 27.

(6) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2166) رواية يحيى.

(7) المراد هو الإمام الباجي.

(8) الروم: 50.

(9) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 518.

(10) فيمن أحيا ما بَعُدَ وقَرُبَ.

(11) عقّب الإمام الباجي على هذه الأقوال بقوله: «وعندي: أنّ قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه

وقد يستعمل موتُها بمعنَى عدم سقيها، قال الله تعالى: ﴿فَٱنظُرْ إِلَىٰٓ ءَاثَٰرِ رَحْمَتِ ٱللَّهِ كَيْفَ يُحْىِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ﴾ الآية[1].

وقال أبو حنيفة[2]: كلّ ما قَرُبَ من العُمران فليس بموات، وما بَعُدَ ولم يملك قَبْلُ فهو موات.

ورَوَى سحنون عن ابنِ القاسم: أنّ ما قَرُبَ من العُمران فليس بمَوَاتٍ ولا يدخل في الحديث.

فيحتَمِلُ أن يريد أنّ اللّفظ عامّ[3]، فخصّ منه ما قَرُبَ بدليلٍ ظهر إليه، فثبتَ بذلك أنّ المراد به ما بَعُدَ.

ويحتَمِلُ *أن يريد أنّ لفظ «الأرض» لمّا ورد منكرًا لم يقتض العموم، وإنّما أريد به ما بَعُدَ دون ما قرُبَ.

ويحتَمِلُ*[١] قول أبي حنيفة الوجهين.

وأنكر سحنون قول ابن القاسم وقال: المعروف له[٢] أنّه لا يجوز له إحياؤه إلاّ بإذن الإمام[4].

وقولُه: «فَهِيَ لَهُ» يقتضي ظاهره ملكه لها، وفي ذلك خمس فصول: الأوّل: في صفة الأرض الّتي تملك بالإحياء. والثّاني: في صفة المُحْيِي لها وحكمه. والثّالث: في

---

(١) ما بين النّجمتين استدركناه من المنتقى ليلتئم الكلام.

(٢) أي لابن القاسم.

....

سحنون من قوله المعروف، وقد روى ابن سحنون عن أبيه، قال مالك: معنى الحديث في فيافي الأرض وما بَعُدَ من العمران، وهذا القول يحتمل من التّأويل ما يحتمله قول سحنون، فثبت بذلك أنّ الّذي أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على أنّه لا يجوز الإحياء فيما قرب من العمران وإن أذن فيه الإمام على وجه التّمليك بالإحياء وإن جاز أن يملكه الإمام على وجه الإقطاع، وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم: ما قَرُبَ من العمران لا يحييه إلاّ بقطيعة، ونحوها رُوِيَ عن ابن نافع، والله أعلم وأحكم».

(1) هذا الفصل بمسائله وفروعه مقتبس من المنتقى: 6/ 27.

(2) الشَّعَارُ: الشّجر الملتفّ.

(3) قاله في كتاب ابن سحنون، نصّ على ذلك الباجي في المنتقى، ووجه ذلك: أنّ بئر الماشية مما يملك أهله الانتفاع به، وما ملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عامّ فليس لأحد أن يبطل حقّهم

صفة الإحياء. والرّابع: في حكم ما أحيي منها ثمّ مات. والخامس: في حكم الأرض المَوَات والأبوار في البيع والقسمة وغير ذلك.

الفصل الأوّل[1]
في صفتها

قال سحنون في «**المجموعة**»: الأرض على ثلاثة أَضرُبٍ: عَنْوَة، وصُلْح، وما أسلم عليها أهلها.

فأمّا «العَنْوَةُ» فما كان فيها من مَوَات وشَعَارٍ[2] لم تعمل ولا جَرَى فيها ملك فهي لمن أحياها، وكذلك أرض الصُّلح.

وما «أسلم عليها أهلها» فإنّها على ما أسلموا عليه، وهو ملك على وجهين:

أحدهما: أن تكون محدودة ولها مالكٌ مخصوص.

والثّاني: أن تكون من الأودية والمَرَاعي ليست بمحدودة ولا لها مالك مُعَيَّنٌ.

وقال في موضع آخر: لا تملك حقيقة الملك، وإنّما هي للمرافق، فما كان من أرضِ الأعراب على غير هذين الوجهين فهي لمن أحياها.

وعندي: أنّ هذا التّقسيم لا يُحتاج إليه إلاّ بمعنى التّفسير؛ لأنّ حكمها واحد.

ووجه ذلك: أن كلّ ما ملكت به الأرض من الوجوه الثّلاثة فإنّما يملك[١] منها ما تقدّم ذكر الملك له. إمّا بملك الأرض[٢] على وجه الاختصاص، أو العموم وملك المنافع على الوجه العامّ. وبهذين[٣] النّوعين منها يتعلّق الملك والحقوق دون الفيافي والقفار، فمن أحيا أرضًا لم يتعلّق بها حقٌّ لأحدٍ فهي له.

---

(١) م، ف: «فإنه ملك»، جـ: «فإنه ذلك» والمثبت من المنتقى.
(٢) في المنتقى: «الرقاب».
(٣) م، ف، جـ: «وبهذا» والمثبت من المنتقى.

....

منه بالإحياء كالمراعي.

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 518، والمبسوط: 23/ 167.

فرع:

وما كان من بئرِ ماشيةٍ، فلا يَغْرِس عليها أحد غَرْسًا ولا يُحيِي عليه حقًّا، قاله ابن كنانة[1].

مسألة:

فإذا ثبت ذلك، فالمَوَاتُ على ضربين: ضربٌ يَبْعُدُ، وضربٌ يَقْرُبُ.

فأمّا ما بعد، فقد قال مالك: يُحْيِيهِ بغير إذن الإمام، خلافًا لأبي حنيفة[2] في قوله: ليس ذلك له إلا بإذن الإمام، وقد رواه يحيى عن ابن نافع.

ودليلنا: قوله: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» وهذا عامٌّ فحُمِلَ على عمومه.

فإن عمّرها بغير إذنه، ففي «كتاب ابن سحنون» عن مالك: ما علمتُ اختلافًا بين أهل العلم أنّ من أحيا أرضًا ميّتةً في بُعْدٍ من العمارة بغير إذن الإمام فهي له.

وفي[١] «المَدَنِيّة» قال[١] مالك في الغنيّ يقتطعُ الموات البعيد بغير إذن الإمام: ينظر[٢] فيه الإمام، فإن رأى أن يُقِرّه أقرّه، وإن رأى أن يُخرِجه أخرجه[3].

وأمّا ما قَرُبَ، فلا يحييه أحدٌ إلاّ بإذن الإمام، رواه سحنون عن مالك وابن القاسم وأشهب، خلافًا للشّافعيّ[4] في قوله: يُحييها من شاءَ بغير إذنه، ورواه ابن عبدوس عن أشهب، وبه قال كثيرٌ من العلماء من أصحابنا.

---

(١) م، ف، ج: «... في... وقال...» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «وينظر» ولعل الصّواب إسقاط الواو، وهو الثابت في المنتقى.

....

(1) الظّاهر أن المؤلّف ـ رحمه الله ـ تداخلت عنده رواية العتبية مع رواية المدنية، فالقسم الأول هو من رواية المدنية وهو في المنتقى: 6/ 29 السطر: 14، والقسم الثاني هو من رواية العتبية، وهو في المنتقى: 6/ 28 السّطر: 7.

(2) انظر الأمّ: 8/ 102 وما بعدها (ط. قتيبة).

(3) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 29.

(4) أخرجه مالك في الموطأ (2607) رواية يحيى.

(5) أي حياة الذّمّي في بلاد المسلمين.

(6) تتمة الكلام كما في المنتقى: «... والحجاز كله والنّجود واليمن».

فرع:

ومن أحيا أرضًا في الفَيَافِي، فليس لغيره أن يحيي بقربه إلاّ بإذن الإمام، قاله سحنون في «**المجموعة**» قال: لأنّه قد صار بالإحياء عمرانًا فلا يعمر بقربه إلاّ بإذن الإمام.

وأمّا حدُّ القُرْب والبُعْد، فقال سحنون في «كتاب ابنه»: ما رأيت مَنْ وَقَّتَ فيه من أصحابنا، وما كان على يوم وما لا تدركه المواشي في غدوها ورواحِها فأراه من البعيد(١)، وأمّا ما تدركه في غدوها ورواحها أو بَعُدَ قليلاً بما فيه المَرْفِق لأهل العمارة، فهو القريب يدخله نظر السُّلطان فلا يُحْيَى إلاّ بإذنه.

الفصل الثّاني[1]
في صفة المحيي

ذلك أنّ المحيي للأرض في بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلمًا أو ذِمّيًا، فإن كان مسلمًا فحُكْمُه ما تقدّم، وإن كان ذِمّيًا ففي «المجموعة» عن ابن القاسم: هي له، لِمَا رُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: «مَنْ أَحيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» إلاّ أن يكون ذلك في جزيرة العرب لقوله: «لا يَبْقَيَنَّ دينانِ في جزيرةِ العربِ»[2].

مسألة:

وإنّما ذلك[3] فيما بَعُدَ، وأمّا فيما قَرُبَ، فإنّه يخرج عنه ويُعْطَى قيمته؛ لأنّ ما قَرُبَ من العمران بمنزلة الفَيْءِ، والذِّمِّيُّ لا حقّ له في الفَيْءِ. وكذلك إن عَمَّرَ في جزيرة العرب مكّة والمدينة والحجاز[4] فإنّه يخرج منها ويعطَى قيمة ما عمّر، قاله ابن حبيب وابن الماجِشُون.

---

(١) ساقطة من م، وهي في: ف، ج: «البعد» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 30.

(2) قاله في «المجموعة» و«كتاب ابن سحنون» ونصّ على ذلك الباجي.

(3) في المدونة: 15/ 196 (ط. صادر) في ما جاء في إحياء الموات.

(4) زاد في المنتقى: «وجميع أصحابنا».

قال الإمام: وفيه نظر؛ لأنّه إن كان ما قَرُبَ حكمُه حكم الفَيْء، فلا يجوز لأحدٍ تملكه ولا اقتسامه؛ لأنّ هذا حُكم الفَيْءِ من الأرض عند مالك، ويلزمه ألاّ يصحّ إحياؤه(١) من العبد والمرأة؛ لأنهما ليسا من أهل الفَيْءِ ولا يصح ممن(٢) لم يفتح ذلك البلد.

الفصل الثّالث[1]
في صفة الإحياء

قال مالك[2]: الإحياء أن يحفر بئرًا أو يُجرِي عَينًا. ومن الإحياء غَرْس الشَّجر والبنيان والحرث، وقاله ابنُ القاسم وأشهب.

وقال مطرّف وابن الماجشون: الإحياءُ حَفْر الآبار وشقُّ العيون والغرسُ والبناءُ وقطعُ الحياض والفحص عن الأرض ممّا تعظم مؤونته وتبقى منفعته حتّى يصير مالاً، فهذا وما أشبهه إحياء.

مسألة:

وأمّا الرَّعْي، فلا يكون إحياء، قاله ابن سحنون(٣) عن ابن القاسم[3]. وقد قال أشهب[4]: من نزل أرضًا فَرَعَى ما حولها فهو أحقّ بها، وذلك إحياءٌ.

مسألة:

وأما من حَجَّر[5] أرضًا بعيدة، فقد قال أشهب: لا تكون له حتّى يعلم أنّه حجّرَها ليعمل فيها إلى أيّامٍ، فذلك له. وأمّا من حَجَّرَ مالاً يقوى عليه فله منه ما عَمَّرَ.

---

(١) م، ف، ج: «إحياؤه من الأرض» ولعل الصّواب حذف «من الأرض».
(٢) م، ف، ج: «ولا يصلح لمن» والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف، ج: «سحنون» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أي مَنْ وضع على حدود الأرض أعلامًا بالحجارة ونحوها للحيازة.
(2) نصّ ابن رشد في البيان والتحصيل: 10/ 305 على أنّ هذه الرواية حكاها أشهب.
(3) قاله في «المجموعة» وغيرها، نصّ على ذلك الباجي.
(4) قاله في المدونة: 15/ 196 (ط. صادر) في ما جاء في إحياء الموات.
(5) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 30.

وقال أشهب في «المجموعة»: قد رُوِيَ عن عمر أنّه قال: من حَجَّرَ أرضًا ولم يعمّرها أنه ينتظر به ثلاث سنين[1]، وأراه حسنًا.

مسألة:

وقد قال ابنُ القاسم[2]: ليس الحَجْرُ(١) إحياء.

ووجه ذلك: أنّ هذا لا يعمل للإحياء، وإنّما هو مَنْعٌ(٢) لغيره من التّصرّف فيها.

مسألة:

وليس حفر بئر الماشية إحياء، قاله ابنُ القاسم[3] وأشهَبُ؛ لأنّه عمل لمنافع الماشية كالرّعي(٣).

الفصل الرّابع[4]
في حكم ما أحيي ثم مات

فإنّ الأرض على ضربين:

1 ـ ضرب يقسم(٤) ملكه.

2 ـ وضرب يملك عن مالك.

فأمّا ما اقتسم(٥) ملكه، فعلى قسمين: إقطاع[5] وإحياء.

فأمّا الأوّل: ففي «العُتْبِيَّة»[6] عن ابن القاسم فيمن أقطعه الإمام أرضًا قريبة فهي له

---

(١) في المنتقى: «التّحجير».

(٢) م، ف، ج: «وإنما يعمل [وفي ج: يمنع] موضعا» والمثبت من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «كالراعي».

(٤) في المنتقى: «يفتتح».

(٥) في المنتقى: «افتتح»، م: «اقسم».

....

(1) نصّ ابن رشد في البيان والتحصيل: 10/ 305 على أنّ هذه الرواية حكاها أشهب.

(2) قاله في «المجموعة» وغيرها، نصّ على ذلك الباجي.

(3) قاله في المدونة: 15/ 196 (ط. صادر) في ما جاء في إحياء الموات.

(4) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 30.

(5) أي إقطاع الإمام.

(6) 10/ 300 في سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم، من كتاب يشتري الدّور والمزارع.

وإن لم يعمرها، ويبيع ذلك إن شاء ويورث عنه.

وقال ابن المَاجِشُون[1]: إن لم يقو على عمارتها، فله أن يبيعها ويهب ويتصدّق ما لم ينظر في عجزه عنها فيقطعها غيره.

فوجه قول ابن القاسم: أنّ الإقطاع عنده بمعنى التّمليك والّذي لا يفتقر إلى عمارة، كالبيع والميراث.

ووجه الثّاني: أنّ الإقطاع إنّما هو إذنٌ في الإحياء، ومن شرط ذلك العمارة.

الفصل الخامس[2]
في حكمها في القسمة والبيع

فإنّ الأبوار والشّعَارَى على ثلاثة أَضْرُبٍ:

1 ـ ضرب تحيط به العمارة[١].

2 ـ وضرب لا تحيط به.

3 ـ وضرب يكون قد شقّ[٢].

فأمّا ما تحيط به العمارة[2]، فقد قال ابنُ وَهْبٍ وأَشْهَبُ وأَصْبَغُ: لا يقسم بينهم وإن اتّفقوا على قسمته، وفي «كتاب ابن سحنون» عن ابن القاسم؛ أنّ الشّعْرَاء الّتي تَقْرُبُ من القُرَى تلحقها الماشية في غدوّها ورواحها، وهي لهم مَرْعَى ومحتَطَبٌ، فلا تكون لمن أحياها، ولأهل تلك القرى قسمتها بينهم.

وأنكره سحنون، وقال: المعروف لمالك وابن القاسم غير هذا، وذلك أنّ النّاس لم يختلفوا فيما بَعُدَ من العمران أن يحيا بقطيعة[٣] الإمام. واختلفوا فيما قَرُبَ، فقال كثير منهم: للرّجُل أن يُحيِيه دون الإمام. وقال غيرهم: لا يُحْيِيه[٤] إلاّ بقطيعة. فهذا خارج

(١) م، ف، ج: «يحيط بالعمارة» والمثبت من المنتقى.

(٢) م: «قد ساس»، وفي المنتقى: «وضرب يكون بين قريتين».

(٣) م، ف، ج: «أن يجيز قطعه» والمثبت من المنتقى.

(٤) ف، ج: «لا يهبه».

....

(1) في المنتقى: «وقال ابن حبيب عن مُطَرِّف وابن الماجشون».

(2) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 31 ـ 32.

من هذين القولين.

ووجه المنع من القسمة: ما تقدّم.

ووجه إباحتها: أنّهم يختصُّون بمعظم[١] منافعها، وإنّما لغيرهم في ذلك ما فضل عنهم على وجه الضّرورة إليه.

مسألة[1]:

وأمّا ما أحاطت به العمارة، فقال أصْبَغُ وداود بنِ سعيد: يقسم، وبه قال مُطَرِّف وابن المَاجِشُون.

وقال أَشْهَب وابن وَهْب: لا يقسم أجمعوا[٢] على ذلك أو أَبَى بعضهم؛ لأنّ البُور لا يقسم[٣] وليس بمال لهم فيه حقّ لكلّ المسلمين، وقد قال ﷺ: «لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ»[2].

ووجه القول الأوّل[٤]: ما احتجَّ به ابن حبيب أنّ هذه الأبوار أَفْنِيَة أهل القُرَى ومحتطبهم ومراعيهم، ولذلك لم يكن للإمام أن يقطع لأحدٍ شيئًا منها؛ لأنّها حقّ لهم كأَفْنِيَةِ الدُور، فمن دَعَا إلى القِسْمة منهم فذلك له.

تنبيهٌ على وَهمٍ[3]:

قال علماؤنا المالكيّة[4] والشّافعيّة[5]: لا يجوز للذِّمِّيِّ إحياء المَوَاتِ.

وقال أبو حنيفةَ[6]: يجوز.

---

(١) ج: «ببعض».

(٢) م، ف، ج: «اجتمعا» والمثبت من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «والمتسع».

(٤) «القول الأول» زيادة من المنتقى يستقيم بها الكلام.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 31.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2170) رواية يحيى.

(3) انظره في القبس: 3/ 924 ـ 925.

(4) انظر عِقْد الجواهر الثمينة: 3/ 17.

(5) انظر الحاوي الكبير: 7/ 476.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 134.

وقالت الحنفية في كُتُبِها: يجوز للذِّمّيّ إحياء الموات.

وقال الشّافعيُّ ومالك: لا يجوزُ.

ونصر كلا[١] الطّائفتين ما ادّعاه وأبطل ما عداه، والمسألة غير مُتَصَوَّرة[٢] على مذهب أبي حنيفة؛ لأنّ أبا حنيفة يقول: إن إحياء الأرض كيف ما كانت وأين ما كانت لا يجوز إلاّ بإذن الإمام، وإذا أذن الإمام للذّمّيّ في إحياء الموات نفّذه؛ لأنّه حكمٌ مُخْتَلَفٌ فيه، ولا يبقى للمسألة صورة، على أن بعض علمائنا قال: يجوز للذِّمّيّ إحياء المَوَات إلاّ في جزيرة العرب مَكّة والمدينة؛ لأنّ النّبي ﷺ قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا» الحديث، وهذا عامٌّ. وقال عليه السّلام: «أَخْرِجُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»[1] وهذا خاصٌّ، فَقَضَى الخاصُّ على العامِّ باتّفاقٍ من الأُمّةِ، نصّ عليه ابن القاسم وغيره.

و يصحّ أن يكون للذِّمّيّ في إحياء المَوَاتِ حقٌّ لثلاثةِ أَوْجُهٍ:

أحدها: أنّ أبا حنيفة يقول: إنّ الكفّار لا يخاطَبُون بفروع الشّريعة، فليس لهم دخول في الأمر والنّهي، من باب نفي[٣] التكليف بالأحكام، وهذا ما لا جواب لهم عليه.

الثّاني: في قول النّبي ﷺ: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا»[2] وهذه الأرض للمسلمين، لقول النّبي ﷺ: «مَوَتَانُ الأَرْضِ للهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ»[3].

الثّالث: أنّ الذِّمّيَ ليس من أهل الأرض، إنّما هو فيها مكتر[٤] بأجرةٍ معلومةٍ، فأيُّ حقٍّ له في الإشاعة حتّى يُعَيِّنه بالإحياء، وفي مسائل إحياء المَوَاتِ تفريعٌ عظيمٌ، فابْنوا على هذه الأصول الّتي أصّلناها لكم، والحمد لله.

---

(١) م، ف: «كل» وهي ساقطة من جـ، والمثبت من القبس.

(٢) م، جـ: «منصورة»، وفي القبس: «مقصورة».

(٣) «نفي» زيادة من القبس.

(٤) جـ: «مكري».

....

(1) أخرجه البخاري (3053)، ومسلم (1637) من حديث ابن عباس.

(2) سبق تخريجه صفحة: 394 من هذا الجزء.

(3) سبق تخريجه صفحة: 234، التعليق رقم: من هذا الجزء3.

القضاءُ في المياهِ

قال الإمام: أدخلَ مالكٌ[1] في هذا الباب حديث عَبْدِ اللهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ وَمُذَيْنِبٍ: «يُمْسِكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَلِ».

الإسناد[2]:

قال الإمام: الأصل في المياه وأحكامِها حديثُ الزُّبَيْر، وهو مُتَّفَقٌ عليه من الأَئِمَّة والأُمّة[3]، رُوِيَ أنّه خاصَمَهُ رَجُلٌ من الأنصار في شِرَاجِ الْحَرَّةِ، فَتَرَافَعَا إلى رسولِ الله ﷺ، فقال له النّبيُّ ﷺ: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ وَأَرْسِلِ إِلَى جَارِكَ» فقال الأنصاريُّ: إِنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ. فَتَلَوَّنَ وَجْهُ النَّبِيِّ عليه السّلام ثمّ قال للزُّبَيْر: «أَمْسِكِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْجَدْرَ، ثُمّ أَرْسِلْهُ» وفي ذلك نزلت الآية: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ الآية[4]، وقد فات الإيمان للأنصاريّ بهذه الكلمة، ولكنّ النّبيّ ﷺ سكت عنه؛ لأنّها كانت منه فَلْتَةً(١)، وقد كان سَكَتَ عن المنافقين الّذين يُسِرُّون(٢) الكُفْرَ، فإقالةُ العَثْرَةِ أقلُّ من ذلك وَأَولَى(٣)، ولذلك قال النّبيُّ ﷺ: «إِنَّهَا صَفِيَّة بنت حُيَيٍّ، وَإِنِّي خَشِيتُ أَنْ يَقذِفَ الشّيْطَانُ في قُلُوبِكم شَيْئًا فيهلكَ مَنْ هَلَكَ»[5] فكلُّ مَنِ اتّهم النّبيَّ ﷺ

---

(١) في القبس: «فلتة اتتلافا».

(٢) م، ف، ج: «يسرحون» وفي القبس: «يصرحون» ولعل الصواب ما أثبتنا.

(٣) «أقل من ذلك وأولى» زيادة من القبس.

....

(1) في الموطأ (2168) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2899)، وسويد (278)، ومحمد بن الحسن (835)، وانظر تعليق بشار عواد معروف على موطأ يحيى.
يقول ابن عبد البر في التمهيد: 17/ 407 «لا أعلم هذا الحديث في سيل مهزور ومذينب هكذا يتّصل عن النبيّ ﷺ من وجهٍ من الوجوه» وقال في موضع آخر: 17/ 410 «حديث سيل مهزور ومذينب حديث مدنيٌّ مشهورٌ عند أهل المدينة، مُسْتَعْمَلٌ عندهم، معروف معمول به» وقال عنه المؤلف في العارضة: 6/ 119 «[هو] مقطوع غير أنه متّفقٌ عليه».

(2) انظره في القبس: 3/ 925 ـ 926.

(3) أخرجه البخاري (2359)، ومسلم (2357) من حديث عبد الله بن الزبير.

(4) النساء: 65.

(5) أخرجه البخاري (2035)، ومسلم (2175) من حديث صفية بنت حُيَيّ.

بباطلٍ فهو كافرٌ، والحكمةُ ما ذكرناه إن شاء الله.

عربية[1]:

قال الشّارحون[2] للحديث الأوّل: «مَهْزُورٌ وَمُذَيْنِبٌ» هما واديان من أودية المدينة[3] يسيلان بالمطر[4]، ويتنافس أهل الحوائط في سيلهما، فقضَى رسولُ الله للأعلى[5]. زاد سحنون[6]: وليس ملكهما لأحد.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[7]:

قال علماؤنا: والماءُ على قسمين: مملوكٌ مُبَاحٌ.

ضرب[8](١): لا يُملك أصلُه كالسُّيول(٢) أو ماء الأمطار.

وضرب: يُملك أصلُه كالعيون والآبار.

---

(١) م، ف، ج: «وضرب» ولعل الصواب حذف الواو.

(٢) م، ف، ج: «السيول» والمثبت من المنتقى.

....

(1) كلامه في العربية مقتبسٌ من تفسير الموطأ للبوني: 103/أ، والبوني نقله من ابن حبيب وصرّح بذلك، انظر تفسير غريب الموطأ: الورقة 110 [2/ 19].

(2) هما ابن حبيب والبوني.

(3) قاله عيسى بن دينار وسحنون، نص على ذلك الباجي في المنتقى: 6/ 33.

(4) انظر معجم ما استعجم: 4/ 1275، ومعجم البلدان: 5/ 234.

(5) تتمة الكلام كما في شرح ابن حبيب وتفسير البوني: «للأعلى فالأعلى إلى ذلك السيل، والأقرب فالأقرب، به يدخل صاحب الحائط الأعلى اللاصق بذلك السَّيل جميع الماء في حائطه، ويصرف مجراه إلى حائطه [عند ابن حبيب: بيته] فيسيل فيه ويسقي به، حتى إذا بلغ الماءُ من قاعة الحائط إلى الكعبين من القائم فيه، أغلق مدخل الماء، وصرف ما زاد من الماء على مقدار الكعبين إلى من يليه بحائطه، فيصنع به مثل ذلك، ثم يصرفه إلى من يليه أيضًا. هكذا يكون الأعلى فالأعلى، والأقرب فالأقرب أولى به على هذه الفعل، حتى يبلغ ماء السيل إلى أقصى الحائط وينتهي إليه... قال عبد الملك: هكذا فسَّرَهُ لي مطرف وابن الماجشون».

(6) هذه الزيادة مقتبسة من المنتقى: 6/ 33.

(7) انظرها في القبس: 3/ 926.

(8) هذان الضربان مقتبسان من المنتقى: 6/ 33.

فأمّا المملوك، فلا كلام لأَحَدٍ فيه إلاّ لصاحبه. ومن أسباب مِلْكِ الماءِ مِلْكِ مَحَلِّه، كمن احتفَرَ بِئرًا أو بَنَى[١] عينًا، فذلك سَبَبٌ يقضي[٢] له بالاختصاص به[٣] دونَ غيرِه، على تفصيل معلوم في «كتب المسائل» يأتي الآن منه شيءٌ إن شاء الله.

قال الإمامُ: ولم يكن الماءُ الّذي اختصم فيه الزّبيرُ والأنصاريُّ مملوكًا لأحدٍ[٤]، وإنّما كان ممّا[٥] يجري في السّيل فيَجْذِبُ[٦] كلّ جَذْرٍ[٧] يمرُّ عليه مِن أحَدِ جانبي السَّيْل ما يحتاجُ إليه، وكان الأنصاريُّ تحت الزُّبَيْر في جانِبِه، أو من الجانب الآخر، ولو كان فوقَهُ لكان أحقَّ به، إلاّ بمِلْكٍ ثابتٍ باتّفاقٍ أو باختِيَازٍ قديم. فإن سَاوَاهُ في الجانب الثّاني، فالحُكْمُ لمن سَبَقَ، وإن اختلفا قبلَ الاختصاصِ، فإمّا أن يقتَسِمَا، وإمّا أن يَسْتَهِمَا. فلمّا سبق الزُّبَيْرُ كان له أن يأْخُذَ حاجَتهُ، حتّى إذا استغنى أرسلَ الفاضلةَ له، فأشار عليه السّلام بأن يأخُذَ ويترُكَ مِنْ حَقِّهِ، وقال له: «أَمْسِكْ مَاءَكَ حَتَّى يَبْلُغَ الجَذْرَ»[1] يعني: حتّى يستوي مع[٨] حائِطِ الحَوْضِ.

المسألة الثانية[2]:

اختلف علماؤنا لمن يكونُ ذلك؟

فقيل: يكونُ لصاحبِ الشَّجَرِ باتّفاقٍ؛ لأنّها تحتاجُ إلى رَيٍّ كثيرٍ، فإن كان زَرْعًا أمسَك حتّى يَسْتُرَ الأرضَ؛ لأنّ الزّرْعَ إنّما يحتاجُ إلى قليلٍ، وقضاءُ النبي ﷺ أحقُّ.

---

(١) في القبس: «أنبط».
(٢) ف، ج: «يقتضي».
(٣) «به» زيادة من القبس.
(٤) في القبس: «الأصل».
(٥) في القبس: «كان ماء سماء».
(٦) م: «ليجذب».
(٧) ف، القبس: «جار».
(٨) م، ف، ج: «حوض» والمثبت من القبس.

....

(1) سبق تخريجه.
(2) انظرها في القبس: 3/ 926.

المسألة الثالثة[1]:

أدخلَ مالكٌ[2] في هذا الباب حديث أَبِي هُرَيْرَةَ: «لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ» وتردّد قولُه في: «نَقع الْبِئْرِ» فتارةً منَعهُ، وقال: لا يجوزُ، وهو في «**المجموعة**» وبه قال أبو حنيفة[3]. وتارةً كَرِهَهُ، وبه قال الشّافعيّ[4]، واختار الكراهيةَ ابنُ القاسم.

وهذا إنّما يكون في بِئْرٍ لا تُحْفَرُ في مِلْكٍ. ومن كَرِهَ بيعَها حَمَلَهُ(١) على النّدْبِ(٢) والآداب.

والصّحيحُ عندي من هذا الاختلاف كلّه، أنه يجبُ عليه إعطاءُ الفَضْلِ. فإذا ثبتَ هذا، فلا يجوزُ حينئذٍ بيعُه؛ لأنّ المَبِيعَ حينئذٍ يكونُ مجهولاً.

فإن قيل: لم مُنِعَتْ هاجَرُ؟

قلنا: لأنّ الله ملّكَها الماءَ والموضعَ، واختطّهُ لها جبريلُ عليه السّلام، وجعلَها أرضًا مبارَكَةً مملكةً موروثةً، مقدّمةً لخير البَرِيَّة محمّدًا وأمّته(٣). والفروعُ عليه كثيرة جدًّا.

وقوله: «لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ»(٤) يقتضي النَّهْيَ عن الذّرائِعِ[5].

---

(١) ف: «وقد كره بيعها جملة».

(٢) في القبس: «حمله على أنّهُ من المروءات».

(٣) في القبس: «لخير البرية ومنشئا له».

(٤) م، ف، ج: «فهي عن بيع الماء» وهو تصحيف والمثبت من الموطّأ.

....

(1) انظرها في القبس: 3/ 927 - 928.

(2) في الموطأ الحديث (2169) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2900)، وسويد(280)، وابن القاسم (355)، والقعنبي عند الجوهري (556)، والشافعي في سننه: 385، ومسنده: 382، والتنيسي، وابن أبي أويس، عند البخاري (2353، 6962)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1566)، وابن بكير عند البيهقي: 6/ 151.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 140.

(4) انظر الحاوي الكبير: 7/ 488.

(5) هذا الشرح مقتبس من المنتقى: 6/ 37 ومعناه: أنّ من منع فضل الماء لتسبّب به إلى منع الكلأ المباح لا يقدر على رَعْيه من منع فضل الماء، والمانع فيما يحتاج إليه من الماء يقصد غالبًا الانفراد بالكلأ فمنع من ذلك، ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه في الذّرائع أن يمنع منه من قصد الكلأ ومن لم يقصده.

القضاء في المَرفِق

قال الإمام: حديثُ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[1] والحديث صحيحُ الإسنادِ[2].

قال الإمام: وما يطابق هذا قوله عليه السّلام: «لاَ يُؤْمِنُ أَحَدُكُم حَتَّى يُحِبَّ لأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ»[3].

عربيّة:

قال علماؤنا[4]: «الضَّرَرُ في الإعراب: الاسمُ، والضِّرار: الفعلُ».

وإن كانوا قد اختلفوا في تأويله:

فمنهم من قال: إنّهما بمعنىً واحدٍ.

ومنهم من غاير بينهما، وصَوَّرَ للمُغَايرةِ صُورًا منها: ألا تضرّ صاحبك[١] بما ينفعك، أو لا تمنعه ما لا يضرّك وينفعه.

وتقدير آخر معناه: إنّه لا يدخل على أحدٍ من أحدٍ ضررٌ وإن لم يعمد إدخاله عليه.

وقيل: قوله «لا ضَرَرَ» يقول ألاّ يضارّ أحدٌ بأحدٍ.

وقيل: الضَّرَرُ والضِّرارُ كلّه واحدٌ، وإنّما ردّدَها على معنى التّأكيد في المنع عنها، وقد تأخذها تصاريف الإعراب[٢].

---

(١) ف: «بأخيك».

(٢) م: «للإعراب».

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2171) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2895)، وسويد (279)، والشافعي في مسنده: 224، وابن بكير عند البيهقي: 6/ 69.

(2) قال ابن عبد البر في الاستذكار: 22/ 221 «هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جميع الرّواة مرسلاً» وقال في التمهيد: 20/ 58 «وأما معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول» وراجع كلام ابن عاشور في كشف المغطّى: 306 ـ 310 ففيه فوائد.

(3) أخرجه البخاري (13)، ومسلم (45) من حديث أنس.

(4) المقصود هو عبد الملك بن حبيب في تفسير غريب الموطأ: الورقة 112، وقد نقل عنه هذه العبارة ابن عبد البر في الاستذكار: 22/ 222، والتمهيد: 20/ 158، والبوني في تفسير الموطأ: 112/ أ.

الأصول[1]:

قوله: «لاَ يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ» وليس هذا من شروط الإيمان الأصليّةِ، وإنّما هو من الكمال والتّمام، ومن الأفعال الّتي شُرِعَت لتقوية العقيدة، فإذا عرضَ أمرٌ فيه رِفْقٌ لِجَارِكَ ومنفعةٌ، أو لرفيقِكَ في السَّفَرِ، أو لمُسْلِمٍ يَرِدُ عليك، ليس عليك من ذلك ضَرَرٌ.

واختلف قولُ مالك هل يَلْزَمُهُ أن يفعَلَهُ أم لا؟ واختلف العلماء كاختلافه، والّذي أراه وجوبُ ذلك؛ لأنّ منعَهُ إيّاهُ ممّا ينتفِعُ به إضرارٌ به، والنّبيُّ عليه السّلام قد قال: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ» وقد أجمعتِ الأُمَّةُ على صحّةِ هذا الحديث، وإن كانوا قد اختلفوا في معناه.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[2]:

قوله: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ» قال علماؤنا: قد يدخلُ في هذا الحديثِ وجوهٌ من الضَّرَرِ، مثل ما يُحدثُه الرَّجُل في عَرْصَتِهِ من بناء حمّامٍ، أو فُرْنٍ، أو دُخَانٍ، أو كِيرٍ لعَمَلِ الحديد، أو رَحًى، وهو ممّا يضرُّ بالجيران.

وغبارُ[3] الأنادِرِ ونَتْنُ دِبَاغِ الدَّبَّاغِين، فذلك من الضَّرَرِ، والحُكْمُ فيه أن يقالَ لأهله: احتالوا في الدّخان والغُبَارِ ونَتْنِ الدَّبَّاغِينَ؛ لأنّه يضرُّ بمَنْ جاوَرَهُ، وإلاّ فاقطعوه. وسواء كان ذلك قديمًا أو محدثًا(١)؛ لأنّ الضَّرَرَ لا يُستحَقُّ بالقِدَمِ[4].

---

(١) في النسخ: «حديثاً» والمثبت من تفسير الموطأ.

....

(1) انظره في القبس: 3/ 928.

(2) هذه المسألة مقتبسة من الباجي في المنتقى: 6/ 40 - 41.

(3) هذه الفقرة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 104/ أ، والقسم الثاني من هذه الفقرة اقتبسه البوني من تفسير غريب الموطأ لابن حبيب: الورقة 112 - 113.

(4) تتمّة الكلام كما في تفسير البوني: «أن يكون بيت فُرْنِهِ قديمًا أو بيت حمامه أو أندره، فليس الضّرر مما يستحقّه أحدٌ بحيازة التّقادم فيه، إنّما حيازة التّقادم الذي جاء فيه الأثر من حاز على خصمه شيئًا عشر سنين فهو أحقّ به فيما يَحُوزُهُ النّاس من الأموال بعضهم على بعض، من أجل أنّ الحائز لما ملك يكتفي بالحيازة والاعتماد عليها من أجل وثيقته التي بها صار إليه ذلك الشيء من شراء أو هِبَةٍ أو معاوضةٍ أو غير ذلك».

وقد[1] قال ابنُ القاسم عن مالك في «المجموعة»: «لهم منعه، وقاله في الدّخان في الفرن والحمام، وهو من الضَّرَرِ الكثير[١] المستدام، يُمْنَعُ إحدَاثُه على مَنْ يستضرّ به.

أمّا «الرّحا[٢]»: فضَرَرُهُ أمران:

أحدُهما: إفسادُ الجِدَارَاتِ.

والثّاني: صوتُها.

فأمّا إفساد الجدارات، فإنْ ثبت ذلك فإنّه من الضَّرَرِ الّذي يمنع.

وأمّا صوتها؛ فإنّه أيضًا مُضِرٌّ، ولا سيّما إذا كان الصّوت شديدًا فإنّه ضَرَرٌ يمنع.

وأمّا «الدّبَاغ»: فإنّه يؤذي بنَتْنِ دِبَاغِه، فروي[2] عن مُطَرِّف وابنِ المَاجِشُون: أنّه يمنع منه، والفرق بينه وبين الصّوت على أصلهما[٣]، أنّ هذا ضَرَرٌ قديمٌ[٤] فوجب أن يمنع منه.

مسألة[3]:

ومن كان له أندر إلى جانب[٥] جِنَان رَجُل يضرُّ به تِبْنه[4].

ومن رفع جدارًا يمنع جاره من ضوء الشّمس ومهبّ الرّياح، فقد قال ابن نافع[٦]

---

(١) ف، ج: «الكبير».

(٢) م، ف، ج: «الدخان» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «أصلها» والمثبت من المنتقى.

(٤) «قديم» ساقطة من: ف، ج، وهي في المنتقى: «دائم».

(٥) «جانب» زيادة من المنتقى.

(٦) م، ف، ج: «ابن القاسم» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه الفقرة مقتبسة من المنتقى: 6/ 41.

(2) رواه ابن حبيب، نصّ على ذلك الباجي.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 41، وانظر كتاب الجدار للتطيلي: 178.

(4) الظّاهر أنّه سقطت هنا فقرة، نرى من المستحسن إثباتها في الهامش كما وردت في المنتقى: «قال مُطَرِّف وابن الماجِشُون: يمنع من ذلك. وقال سحنون في «العُتْبِيّة» إذا كان الأندر قبل بنيان الجَنّة لم يغير. وجه القول الأوّل: أنّ البنيان وإن كان محدثًا فإنّ لصاحبه أن يمنع صاحب الأندر، وإن كان قديماً يمنع من وقوع تبنه في أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول إلى أرضه، وبالله التوفيق. ووجه قول سحنون: أنّها منفعة استحقّها بالقِدَم فلم يمنع منها».

عن مالك في «المجموعة»: لا يمنع من ذلك، وهو في «كتاب البنيان» من رواية ابن القاسم عن مالك. وقال ابن كنانة: إلاّ أن يفعل ذلك ليضرّ بجاره دون منفعة له فإنّه يمنع.

مسألة[1]:

ومن كانت له أرضٌ ملاصقة أندر، فأراد أن يبني فيها ما يمنع الرّيح عن[١] الأندر، قال ابن حبيب عن مُطَرِّف وابنِ المَاجِشُون: لا يمنع.

ورَوَى يحيى عن ابنِ القاسم؛ أنّه يمنع ما يضرّ بجاره في قطع مرافق الأندر القديم.

وقال ابنُ نَافِع[٢]: ليس له أن يحدث بقربها ما يضرّ به[2] وإن احتاج إلى البنيان؛ لأنّه قال: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ».

فرع[3]:

ومن اتّخذ كُوَى يُشرف منها على دار جاره، فقد قال ابنُ القاسم ومالك: يمنع. قال مالك[٣]: وذلك إذا كان يناله بالنّظر. وقال ابنُ القاسم[4]: إن كانت من كُوَى السّقف لاحقة[٤] به[٥] لا يطلع منها لم يمنع من ذلك. فأمّا ما يطلع منه فإنّه يمنع.

فرع[5]:

ولا يخلو أن يكون الضّرر ممّا يتزايد أو لا يتزايد.

---

(١) «عن» زيادة من المنتقى.
(٢) م، ف، جـ: «ابن حبيب» والمثبت من المنتقى.
(٣) «قال مالك» زيادة من المنتقى.
(٤) جـ: «لاصقة».
(٥) م، ف، جـ: «به لدخول الضوء» ولعلها عبارة مقحمة.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 41.
(2) أي بصاحب الأندر.
(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 41.
(4) قاله في «كتاب البنيان» نصّ على ذلك الباجي في المنتقى.
(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 42 ـ 43.

قال ابن مُزَيْن[1]: ما كان من الضَّرَرِ باقٍ على حالٍ واحدةٍ كفتح الأبواب وشبهه، فإنّه يستفتحه[١] من أَحْدَثَه بطُول الزّمان.

قلنا: وهذا كلّه في الضّرورة، وأمّا العامّ فمثل تضييق[٢] الطّريق وما جَرَى مجراه، فهذا يمنع منه.

وأما إخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى الطّرق، فقد رَوَى ابنُ القاسم عن مالك؛ أنّه لا بأس بذلك.

حديث أَبِي هُرَيْرَةَ[2]؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «لاَ يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ خَشَبَةً يَغْرِزُهَا فِي جِدَارِهِ» ثُمَّ قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ.

الإسناد[3]:

قال الإمام: خرَّجَهُ التّرمذيّ[4]، عن أَبِي هريرة أيضًا؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «إِذَا اسْتَأْذَنَ أحدكُمْ جَارهُ أَنْ يَغرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ فَلاَ يَمْنَعْهُ» فَلَمَّا حَدَّثَ بِهِ أَبو هُرَيْرَةَ طَأْطَؤُا رُؤُسَهُمْ، فَقَالَ: مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِين... الحديث. وهذا حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ[5].

وفيه فائدتان:

إحداهما: أن اللّيث رواه عن مالك[6]، وهي رواية النّظير عن[٣] النّظير.

---

(١) م، ف، ج: «يستحقه» والمثبت من المنتقى.
(٢) م، ف، ج: «ضيق» والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف، ج: «على» والمثبت من العارضة.

....

(1) هو من رواية يوسف بن يحيى. وكلام ابن مزين في الضّرر الذي لا يتزايد.
(2) في موطأ مالك (2172) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2896)، وسويد(279)، وابن القاسم (82)، ومحمد بن الحسن (804)، والقعنبي عند الجوهري (200)، والشافعي في مسنده: 224، وابن مهدي عند أحمد: 2/ 463، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1609)، وابن وهب في شرح مشكل الآثار (2411)، والليث بن سعد عند ابن حبان (515)، وابن عفير عند ابن عبد البر في التمهيد: 10/ 220.
(3) انظرهُ في العارضة: 6/ 105.
(4) في جامعه الكبير (1353).
(5) هذا الحكم هو للإمام الترمذي.
(6) انظر هذه الرواية مسندة عن ابن عبد البر في التمهيد: 10/ 219 - 220.

الفائدة الثّانية: أنه روي «بَيْنَ أَكْنَافِكُمْ» بالنوّن والتّاء، والصّحيح التّاء[1]؛ لأنّه لما أخبرهم بها أعرضوا عنه وتولّوا مُدْبِرِينَ، فقال لهم: إنّي أرمي بها بين أكتافكم، أي: في ظهوركم كما رميت بها في وجوهكم.

نكتة في الإسناد[2]:

وهو أنّ يونس بن عبد الأعلى سأل ابن وهب، كيف يروي هذا الحديث «خَشَبَة» بحال الإفراد. أو خَشَب على الجمع؟ قال: الّذي سمعتُ من جماعةٍ: خَشَبَة على لفظ الواحد، وهو الصّحيح؛ لأنّ وضع خشبة واحدة مرفق. وهو الّذي يحتاج إليه السّائل. وأمّا خُشُبٌ فهو زيادةٌ واستكثارٌ يُوجِبُ له استحقاق الحائط ويشهد له وضع[١] الخَشَبِ لذلك، فلم يكن داخلاً في الحديث ولا مندوبًا إليه.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[3]:

اختلفَ العلماءُ في هذا الحديث، فَجَوَّزَهُ الشّافعيّ[4] في أَحَدِ قوْلَيْه، وقال: له أن يضع خشبة على جدار جارِهِ. وزاد[٢] أحمد بن حنبل[5] و[٣]يقضي عليه بذلك، لقوله عليه السّلام: «فَلاَ يَمْنَعْهُ» فهذا نهيٌ ومقتضى الأصل[6] التّحريم.

قلنا: هو محمولٌ على النَّدْبِ في الإِذْن في ذلك، *والكراهة إذا منع لما للجار من المحافظة وحرمة*[٤] التّوسعة فيما يعرض من حاجة، فيجتهد لجاره في ذلك[٥]. وقد

---

(١) م: «قطع».
(٢) «وزاد» زيادة من العارضة.
(٣) «الواو» زيادة من العارضة.
(٤) ما بين النجمتين مستدرك من العارضة.
(٥) في العارضة: «فيستحمد إلى جاره بذلك».

....

(1) وهو الذي صححه ابن عبد البر في التمهيد: 10/ 221.
(2) انظرها في العارضة: 6/ 106.
(3) انظرها في العارضة: 6/ 105 ـ 106.
(4) انظر شرح النووي على مسلم: 11/ 47.
(5) انظر المغني لابن قدامة: 4/ 324 (ط. الفكر).
(6) أي مقتضى أصل النهي.

جاء هذا اللّفظ في هذا الحديث على النّدْبِ في الشّريعة فلا يُنْكَر[١].

المسألة الثانية[1]:

اختلف قولُ مالك فيه، والمشهور عندنا وعندهم أنّ ذلك على الاستحباب؛ لأنّ الأُمَّةَ أجْمعَت على أنّ من اختصّ بحقٍّ لا يلزمه أن يعطيَهُ لغيره وإن لم يضرّ به، فكيف ووضع الخَشَبَةِ على الجدار يضرّ بصاحب الجدار[٢].

وقال ابنُ نَافِع عن مالك[2]: إنّ ذلك على وجه المعروف[3] والتَّرغيبِ في الوصيَّة بالجار ولا يُقْضَى به، وقد كان ابن[٣] المطَّلِب[4] يقضي به عندنا، وما أراه إلاّ دَلالة على المعروف، وإنِّي منه لفي شكٍّ[5].

وروى ابن وهب عنه[6] أنّه أمرٌ رغّب فيه النّبي ﷺ.

وقال ابنُ القاسم: لا ينبغي أن يمنعه ولا يقضي به عليه، وهذا على ما قال، إلاّ أن[٤] ظاهر الأمرِ عند مالكٍ وأكثر أصحابه يقتضي الوجوب، لكنّه يعدل عنه بالدّليل،

---

(١) في العارضة: «فهذه أصول الشّريعة، وقد جاء مثل هذا اللّفظ على النّدب في الشريعة فلا يستنكر».

(٢) م، ف: «فكيف ضرره بالخشبة على الجدار»، جـ: «فكيف ضررها لخشبة على الجدار» والمثبت من القبس.

(٣) م، ف، جـ: «ابن عبد» وفي المنتقى: «أبو» والصّواب ما أثبتناه.

(٤) «ما قال، إلاّ أن» زيادة من المنتقى.

(٥) م، ف، جـ: «حنيفة» والمثبت من الموطّأ.

....

(1) انظر الفقرة الأولى في القبس: 3/ 929، أما الباقي فهو مقتبس من المنتقى: 6/ 43.

(2) قاله في المجموعة، نصّ على ذلك الباجي.

(3) وهو الذي رواه عنه ابن القاسم في المدونة: 11/ 431 (ط. صادر) في الرجل يستأجر الحائط ليحمل عليه خشبة.

(4) هو عبد العزيز بن المطلب المخزومي المدني قاضٍ من قضاة المدينة النبوية (ت 170) انظر الجرح والتعديل: 5/ 393.

(5) أورد هذا القول التطيلي في كتاب الجدار: 109. ويقول القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 187 ـ 188 شارحًا هذا الحديث: «إنما هذا من النبيّ ﷺ على طريق الرفق بالجار لا على الإلزام؛ ولذلك كان الصحابة يعرضون عن أبي هريرة إذا كان يحدثهم بهذا الحديث، ولو كان عندهم على الإلزام ما أعرضوا عنه. فالأحاديث الواردة عن النبيّ ﷺ هي على حسب ما تلقاها أصحابه عنه، لا على ظواهرها».

(6) أي عن الإمام مالك.

وبهذا قال أبو حنيفة[1].

وقال الشّافعي: هو على الوجوب إذا لم يضرّ بجداره، وبه قال ابن حنبل.

ودليلُنا: أنّ الجدار ملك موضوعُه المُشاحّة، فجاز له أن يمنعه[2]، كركوب دابّته ولباس ثوبه.

حديث عَمْرو بْن يَحْيى المازنيّ[3]، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ[(١)] أَرَادَ أَنْ يَتَّخِذَ خَلِيجًا مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ: لاَ. فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ؟ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ تَسْقِي بِهِ أَوَّلاً وَآخِرًا، وَهُوَ لاَ يَضُرُّكَ. فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ، وَاللهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ. فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُمِرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ.

عربية:

قولُه: «خَلِيجًا» الخليجُ: النّهرُ الصّغير[4]. وقال النّبي ﷺ حين انصرف من قراءته: «أَيُّكُمْ خَالَجَنِيهَا»[5] فالخَلْجُ: الْجَذْبُ، يقال: خَلَجْتَ الشّيْءَ وأَخْلَجْتَهُ، أي: جَذَبْتَه إليك، ومنه الخليجُ من النّهر كأنّه جُذِبَ منه، والرّبيعُ: السّاقية.

الفوائد: وهي ثلاث

الأولى[6]:

فيه: مراجعةُ الخَصْمِ الإمامَ ومراجعةُ الإمامِ الخَصْمَ فيما يحتمل به التّأويل، وانقياد الخَصْم عند عزم الإمام الأعدل.

---

(١) في تفسير البوني: «المعاني». (٢) ف: «فإنّ».

....

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 3/ 401.

(2) أي يمنع منافعه بغير ضرورة.

(3) في الموطأ (2173) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2897)، وسويد (279)، ومحمد بن الحسن (836).

(4) هذا الشرح هو للبوني في تفسير الموطأ: 104/ ب.

(5) أخرجه مسلم (398) من حديث عمران بن حصين.

(6) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 104/ ب ـ 105/ أ.

الثّانية[1]:

فيه: أنّ الأَيْمَان تُصْرَفُ في القول إلى المعنى[١] وإن كانت خلاف اللّفظِ، وأنّ[٢] التّأكيد في القول بلفظٍ فيه بأكثر من الحقيقة، لقوله: «وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ».

وروى زياد عن مالك أن يقضى بالحديثين: حديث محمّد بن مَسْلَمَةَ، وحديث عبد الرّحمن بن عَوْف، إذا لم يضرّ به، وإن أضرّ به فليمنع.

قال ابنُ نافعٍ: وهذا فيما يُرادُ تحويله، وأمّا ما يبدل[٣] عمله فليس ذلك له.

القضاءُ في قَسْمِ الأموال

مَالِكٌ[2]، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ. وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلاَمُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلاَمِ».

الإسناد:

قال الإمام: هذا حديثُ بَلاَغٌ[3]، ويتّصلُ سَنَدُه من طُرُقٍ[4].

الأصول[5]:

إن الله سبحانه وله الحُكْمُ، لمّا خَلَقَ لنا ما في الأرض جميعًا، وأَنْشَأَنَا بصفةِ التّشاحّ وطلبِ الاستيثارِ[٤]، شَرَعَ اختصاصَ المَالِكِ[٥] بالأملاك؛ لأن الله تعالى شَرَعَ

---

(١) في تفسير البوني: «يفتدى».
(٢) ف: «الاستار»، جـ: «الاستكثار».
(٣) القبس: «الملاك».
(٤) «تمييز الحق» زيادة من القبس.

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 105/ أ.
(2) في الموطأ (2175) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2902)، وسويد (281).
(3) يقول ابن عبد البر في الاستذكار: 22/ 236 «هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جميع الرّواة، لم يختلفوا في أنّه بلاغ عن ثور بن زيد».
(4) رُوي مسندًا من حديث ابن عباس عند أبي داود (2914 م)، وابن ماجه (2485)، وأبي يعلى (2359)، وانظر التمهيد: 2/ 48.
(5) انظر كلامه في الأصول في القبس: 3/ 930 ـ 931.

القِسْمَةَ تمييزًا للحقوق المُشْتَرَكَةِ، حتّى تعودَ إلى القِسْمةِ بالاختصاصِ المذكورِ. وقد قال تعالى في القِسْمَة في عارِضِ الاشتراكِ: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ﴾ الآية[1].

1 ـ وأمّا أحاديثُها فهي قليلةٌ في الصّحيح، والصّحيحُ منها أربعة:

الأوّل: حديث عُقْبَة بن عَامِرٍ؛ حيث أَمَرَهُ النّبيُّ ﷺ أن يَقْسِمَ غَنَمًا بين أصحابه، فَبَقِيَ منها عَتُودٌ، فقال: «ضَحِّ بِهِ أَنْتَ»[2].

الحديث الثّاني: قولُه في الصّحيح: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»[3].

الحديث الثّالث: منها قوله ﷺ: «مَثَلُ الْقَائِمِ فِي حُدُودِ اللهِ وَالْمُدَاهِنِ فِيهَا كَمَثَلِ قَوْمٍ كَانُوا فِي سَفِينَةٍ فَاسْتَهَمُوا عَلَى أَعْلاَهَا وَأَسْفَلِهَا» الحديث إلى آخره[4].

الحديث الرّابع: ومن المشهور فيها حديثُ عِمْرَانَ بنِ حُصيْنٍ؛ أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ فِي مَرَضِهِ لاَ مَالَ لَهُ غَيْرهُمْ، فَأَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمْ. الحديث إلى آخره[5].

2 ـ القاعدة الثانية[6]: في كيفيتها

أمّا كيفيّةُ القِسْمَةِ، فليس فيها أَثَرٌ، وإنّما سبيلُها النَّظَرُ، وُكِلَت إليه وعُصِبَت به؛ لأنّ المطلوبَ فيها تمييزُ الحقّ[١]، والمَخُوفُ منها ثلاثةُ أشياءَ:

1 ـ الغَرَرُ.

2 ـ والرِّبا.

3 ـ وأكلُ المالِ بالباطل.

فميِّزِ الحقوقَ إن أردتَ القِسْمَة، وخَلِّصها من هذه العَوَارِضِ الثّلاثةِ إن أردتَ أن تكون واقعةً[٢] على وَفْقِ الشّرعِ، وعلى هذه الأصولِ تُبْنَى مسائلُ القسمةِ كلُّها، وهي على وجهين:

---

(١) ف: «وافقة»، جـ: «واقفة».

(٢) «الثاني» زيادة من القبس.

....

(1) النساء: 8.

(2) أخرجه البخاري (2300)، ومسلم (1965) من حديث عقبة بن عامر.

(3) أخرجه البخاري (2257) من حديث جابر.

(4) أخرجه البخاري (2686) من حديث النعمان بن بشير.

(5) أخرجه مسلم (1668).

(6) انظرها في القبس: 3/ 931.

أحدُهما: أن تكونَ بالتّراضِي، بأن يقول أحدُهما للآخر: خُذْ أنت هذه العينَ، وآخُذُ أنا هذه الأخرى.

الثّاني(١): أن(٢) يُقَوِّمَ المُشْتَرَكُ قيمةَ تحريرٍ وتعديلٍ، ثمّ يُقَرِّرَ(٣) على الأجزاء(٤) ويُعَدِّدَ(٥) على الأقلّ(٦) من السّهام، ثمّ يُقْتَرَعَ(٧) عليها على صفةٍ تُؤْمَنُ فيها الحِيلَةُ والانخداعُ، بأن يُكْتَبَ اسمُ المشتركين في الرِّقَاعِ، ثمّ تُطْلَى بطينٍ(٨) أو قارٍ أو شَمْعٍ، ثمّ يَجْعَلَها من لا يَدْرِيَها على الأعيان. فمن وقَعَ على شيءٍ منها(٩) اسْمُهُ فهو سَهْمُهُ.

وعرضت هٰهنا مسألةٌ بديعةٌ، وهي: أن علماءنا قالوا: إذا وقع في قسمة التَّرَاضِي غَبْنٌ، لم يكن فيه رجوعٌ، ولو وقع الغَبْنُ في قسمة التّقويم والاقتراع، لوجَبَ الارتجاعُ، بناءًا على أنّ القسمةَ هل هي تمييزُ حقّ أو عَقْدُ بَيْعٍ؟ فإذا قلنا: إنّها بَيْعٌ، فالغَبْنُ في البَيْع لا يُوجِبُ الرُّجوعَ، فكيف وجَبَ في القسمةِ؟ فتبيَّنَ أنّها لا تكون بَيْعًا بحالٍ.

الفقه في خمس مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قوله[2]: «قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ» قال(١٠) ابنُ وهبٍ وابنُ القاسمِ[3] عن مالكٍ: إنّ ذلك في مشركي العرب والمجوس فقط، فأمّا اليهودُ والنّصارى فهم على قسمتهم(١١)،

---

(١) م، ف، ج: «أو» والمثبت من القبس.
(٢) في النسخ: «يقوم» والمثبت من القبس.
(٣) م، ج: «الأخرى».
(٤) م: «ويقدر»، ف: «وتقدر».
(٥) م: «الأول».
(٦) م، ف، ج: «يقرع» والمثبت من القبس.
(٧) م، ف: «بقير»، ج: «نقير» والمثبت من القبس.
(٨) في النسخ: «منه» والمثبت من القبس.
(٩) في تفسير البوني: «فروى».
(١٠) في تفسير البوني: «قسمهم».
(١١) في القبس: «الأبنية».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 105/أ.
(2) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2175) رواية يحيى.
(3) رواها عنه عيسى، كما نص على ذلك الباجي في المنتقى: 6/ 48.

وإن أسلموا كلّهم قبل القسم.

والرّواية الثّانية[1]: رَوَى مُطَرِّف وابن المَاجِشُون وابن نَافِع وأَشْهَب عن مالك؛ أنّ ذلك في مشركي العرب والمجوس واليهود والنّصارى وجميع المِلَل، وهو الصّحيح عندي[2].

المسألة الثانية[3]:

اختلف علماؤنا في القِسْمَة، هل هي بَيْعٌ أو تمييزُ حقٍّ؟ ولأصحابنا مسائل تقتضي كِلاَ القولَيْن، ونحن نُنَبِّهُ عليها عند ذِكْرِها إن شاء الله.

وقد قال مالك في «المدوّنة»[4]: القِسْمَةُ بَيْعٌ من البيوع[5].

وأمّا من قال: إنّها تمييزُ حقّ، وذلك أنّه غير موقوفٍ على اخْتِيَارِ المتقاسمَيْن، بل قد يجوز فيه المُخَاطرة بالقُرْعة، وذلك يُنافي البَيْع كما قدّمناه.

المسألة الثالثة[6]:

ومن فروع القسمة المحتمل فيها ترك المَرَافِق من الأفنية[١] والطُّرق، وقد بوّب على هذا مالك في الباب المتقدِّم قبل هذا، ولكنّه ذكر بعض المرافق العامّة وأغفل المرافق الخاصّة، كالجلوس على الصّعدات، وصبّ الأقذار في الطُّرقات.

فأمّا الجلوس على الصّعدات، فجائزٌ بأداء حقِّها من غَضِّ البَصَر وإرشاد الضّال ونَصْرِ المظلوم، وما يعرض لمن يعرِض[٢] ذلك[٣] من الحقوق.

---

(١) ف: «وما تعرض لمن تعرض».

(٢) في نسخ مخطوطة من القبس: «الذلك».

(٣) في القبس: «والاتفاق».

....

(1) أوردها الباجي في المنتقى: 6/ 48.

(2) الذي في تفسير البوني: «ورواية مطرف وابن الماجشون وأشهب أَوْلَى بالصّواب؛ لأن شريعة الإسلام نسخت ما كان قبلها» وانظر تفسير الموطأ للقنازعي: الورقة 188.

(3) هذهِ المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 49.

(4) 14/ 469 (ط. صادر) في ما جاء في القسمة.

(5) ووجه ذلك: أنّ كلّ واحدٍ من المتقاسمين يبيع حصّته مما خرج عنه بحصة شريكه ممّا صار إليه؛ لأنّه ملك حصة صاحبه من الجزء الّذي صار إليه بحصته من الجزء الّذي أخذه صاحبه، وهذه معاوضة ومبايعة محضة.

(6) انظرها في القبس: 3/ 932.

وأمّا صبّ الأقذار في الطُّرُقات، فلا يجوز على الإطلاق؛ لأنّ في ذلك إذاية المسلمين، وإماطةُ الأذى عن الطريق صَدَقَةٌ، وقد بيّنّا ذلك في موضعه من **«المسائل»** و **«شرح الحديث»**، إلاّ إذا كانت ضرورة عامّة، كخمر يَتَعَيَّن كسرها حتّى تجري في السكك، كما ورد في الحديث[1].

المسألة الرّابعة[2]:

ومن القول في المرافق مسألة السّفينة إذا غلب الهَوْلُ عليها، فاحتاجوا إلى التّخفيف عنها، فاتّفقتِ الأُمَّةُ على وجوب التّخفيف والانتفاع(١) بما يُطْرَح فيما بَقِيَ، واختلفوا بعد ذلك في تفاصيل[3]، منها: دخولُ السّفينة وآلاتها(٢) في الحِصَاصِ ورجالات المراكب والعبيد الرّاكبين عليها. وانتهى النّظر إلى نازلةٍ عظيمةٍ، وهي: إذا عَلِمَ الأحرارُ من أهل السّفينة؛ أنّ بقاء جميعهم مُهْلِكٌ، وأنّ خلوصَ بعضهم مُتَيَقَّنٌ، فَنَسَبَ الخُرَاسَانيّون الحَنَفِيُّون والشّافعيّون إلى مالك: أنّ هلاكَ بعض الأُمَّة في الاستصلاحِ واجبٌ، ونراه بريءٌ من ذلك، وإنّما سمعوا من قوله اعتبار المصلحة فاعتبروها بزعمهم حتّى بَلَغُوا بها إلى هذا الحدّ. وكان من حقهم(٣) لجلالة أقدارهم في العلم وَسَعَةِ حفظهم ودِقَّةِ فهمهم أن يتفطّنوا لمقصدِه بالمصلحة، وأن يجروها مجراها وأن ينتهوا بها حيث انتهت. وليس بين الأُمَّةِ خلافٌ في هذه المسألة أنّهم يَصْبِرُون لقضاء الله حتّى ينفد حكمه فيهم. ويترتّب على هذا مسائل مشكلة بيانُها في **«كتب المسائل»** و**«الأصول»** فعليكم بها، والله المُوفّق للصّواب.

---

(١) ف، ج: «والانتهاء».

(٢) «من حقهم» زيادة من القبس.

(٣) م، ف، ج: «سعيد» والمثبت من الموطأ. (٤) في الموطأ: «ضامن».

....

(1) أخرجه البخاري (2464)، ومسلم (1980) من حديث أنس.

(2) انظرها في القبس: 3/ 932.

(3) للتوسع في هذا الموضوع انظر كتاب أكرية السُّفُن والنزاع بين أهلها لمحمد بن عمر الأندلسي (ت: 310)، والمنشور في مجلة الكراسات التونسية المجلد 31، عدد: 123 ـ 124، سنة 1983.

القضاءُ في الضّواري والحريسة

فيه حديثُ حَرَامِ بْنِ سَعْدِ(١) بْنِ مُحَيِّصَةَ[1]؛ أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطًا لِرَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَمَانٌ(٢) عَلَى أَهْلِهَا.

الإسناد:

قال الإمام: حديثُ البَرَاءِ بن عَازِب حديثٌ مُرْسَلٌ[2]، أَرْسَلَهُ مالك عن حَرَام بن مُحَيِّصَةَ، والحديثُ مُسْنَدٌ عن حَرَام من طُرُقٍ عن حَرَام بن مُحَيِّصَة، عن أبيه مُحَيِّصَةَ؛ أنّ ناقةَ البَرَاءِ. الحديث[3].

العربيّة والتّرجمة[4]:

قوله: «وَالضَّوَارِي» يريد المعتادة للإذاية.

وأمّا قوله: «الحَرِيسَة» فَيَحْتَمِلُ أن يريد الّتي تُحْرَسُ ويكون معها حافظُها، ويَحْتَمِلُ أن تكون: حريسة، أي: يُحْتَرَسُ منها.

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى[5]:

اختلفَ علماؤنا في هذا الحديث، فقال أبو حنيفةَ[6]: لا ضَمَانَ على أرباب الماشيةِ

---

(١) في القبس: «أو نهارا».

....

(1) في الموطأ (2177) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2904)، وسويد (282)، ومحمد بن الحسن (678)، والقعنبي عند الجوهري (228)، والشافعي في سننه: 385، ومسنده: 195، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 3/ 203، وابن بكير عند البيهقي: 8/ 279.

(2) يقول ابن عبد البر في التمهيد: 11/ 81 «هكذا رواه جميع رواة الموطأ - فيما علمتُ - مُرْسَلاً، وكذلك أصحاب ابن شهاب عن ابن شهاب أيضًا هكذا مُرْسَلاً» قلنا: وكلام ابن عبد البر فيه نظر، وقد تعقبه بشار عواد معروف في تعليقه على موطأ يحيى فانظره ففيه فوائد.

(3) رواه عبد الرزاق (18437)، ومن طريقه أحمد: 5/ 436.

(4) انظرهما في القبس: 3/ 933.

(5) انظر الفقرة الأولى في القبس: 3/ 934.

(6) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي: 3/ 204.

فيما نَفَشَتْ فيه لَيْلاً ولا نهارًا[١]، لقول النبي صلّى اللهُ عليه: «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»[1].
وما قلناهُ أصحُّ[2]؛ لحديث البَرَاءِ، وهو خاصٌّ يقضي على ذلك العامِّ، كما قَضَى على خُصُوصَةِ[٢] السَّوْقِ والقَوْدِ والرُّكُوبِ.

وبحديث البَرَاء أخذَ مالكٌ أنّ على أرباب المَوَاشي ما أفسدت باللّيل، قَلَّ ذلك أو كَثُرَ، وإن بلغَ ذلك أضعاف قيمة المَوَاشي لِرَبِّها لَمَّا لم يمنعها ولم يحفظها، فكأنّه هو الجاني الّذي جَنَى.

وقالت[3] الحنفية: لا ضَمَانَ، لقوله: «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» واعتلُّوا أنّ الحديثَ مُرْسَلٌ.

والّذي يدلُّ على صحّة الحديث، قولُه تعالى في قصّة سليمان وداود حيث حَكَى الله عنهما حيث يقول: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ﴾ الآية[4]، والنَّفْشُ لا يكون إلاّ باللّيل[5].

المسألة الثانية[6]:

واختلف علماؤنا في فرع مُتَرَكِّبٍ على هذه المسألة، وهو إذا نَفَشَتْ في زرعٍ مُحْظَرٍ أو مُطْلَقٍ، فمنهم من قال: إنّما يكون الضّمانُ إذا كان الزّرعُ مُحْظَرًا، ونزع في ذلك بنكتةٍ[٣] بديعةٍ وهو قوله: «نَاقَةٌ لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ»[٤] والحائطُ إنّما

---

(١) في القبس: «خصوصية».
(٢) م: «النكتة»، جـ: «نكتة».
(٣) «دخلت حائط رجل» زيادة من الموطأ، وهي في: م، جـ: «قوله: حائط البراء بن عازب» وفي القبس: «حائطًا للبراء».
(٤) م: «فهم».

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2541) رواية يحيى، من حديث أبي هريرة.
(2) وهو الذي نصره القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 189 حيث قال: «والصحيح في هذا ما قاله مالك وأهل المدينة».
(3) من هنا إلى آخر المسألة نرجح أن يكون مقتبسًا من تفسير الموطأ للبوني: 105/أ.
(4) الأنبياء: 78، وانظر أحكام القرآن: 3/ 1266.
(5) وهو الدليل الذي استدل به المالكية كما في كتاب الجدار للتطيلي: 348 ـ 349.
(6) انظرها في القبس: 3/ 934.

يكونُ مُخطَرًا، ولَعَمري إنّه لمتعلّق، إلاّ أنّه فاته أن يمشِيَ إلى آخرِ الحديث فَيَظْهَرَ له الْبَجِيثُ، وهو قولُه: فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى أَرْبَابِ الْمَوَاشِي. إلى آخره.

المسألة الثالثة[1]:

قال علماؤنا: إنّ قولَهُ تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ﴾ الآية[2]، وقالوا: إنّ قضاءَ سليمانَ النّبيّ كان فيه التّفهيمُ، ووقع به التّصويبُ، على مِثْلِ قضاءِ النّبيّ في حديث البَرَاء: «أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِذَلِكَ».

فأمّا قصّةُ سليمانَ على الْجُمْلَةِ، فإنّ ما ذَكَرَ الله منها مقطوعٌ به، وكيفيّةُ قضاءِ سليمانَ لا تُعْلَمُ أَبَدًا؛ لأنّ النّبيَّ ﷺ لم يَبْلُغْنَا عنه فيه شيءٌ، وطريقُ كَعْبٍ ومحمّدِ بنِ كعبٍ ووَهْبِ بن مُنَبِّهٍ لا عِلْمَ فيها ولا اهتداءَ، وعليهم عَوَّلَ المفسّرون، فَسَوَّدُوا القراطيسَ بما لا تَقُومُ به حُجَّةٌ. ويكفينا قولُ النّبيِّ عليه السّلام للسُّلوك مَحَجَّةً، ومن أراد الشِّفاءَ من قصّة سليمانَ وحُكْمِ دَاوُدَ، فعليه بالكتاب الكبير.

المسألة الرّابعة[3]:

واختلف علماؤنا هل هذا الّذي قَضَى به النّبيُّ في حديث البَرَاء حُكْمٌ مبتدأٌ في الشَّرْع، أو هو مبنيٌّ على عادةِ النّاس؟ فإن كان ذلك حُكْمًا مبتدأً في الشَّرْعِ، فهو كما وَرَدَ. وإن كان مبنيًّا على عادةِ النّاسِ، فإنّ أربابَ المواشي بالنّهار معَها، فهم يتولَّونَ حِفْظَها. فعلى هذا إن وُجِدَ خِلَافَ العادةِ بأن[(١)] يُهْمِلُونَها أو يكونوا معها ويَغْفُلُوا عنها، فإن الضَّمانَ واجبٌ عليهم؛ لأنّ محلّ الحُكْمِ قد عُدِمَ حَسَبَ ما رتَّبَهُ النّبيُّ ﷺ.

ومِنَ العلماءِ من جعلَ حمامَ الأبراجِ والنَّحْلِ من الضَّواري.

---

(١) «فاقتلوه» زيادة من التّرمذي، والوارد في جميع النسخ: «فاقتلوا البهيمة».

....

(1) انظرها في القبس: 3/ 934 ـ 935.

(2) الأنبياء: 78.

(3) انظرها في القبس: 3/ 935، وانظر السّطر الأخير في الموضع: 3/ 933.

القضاء فيمن أصاب شيئًا من البهائم

قال الإمام: قد تقدَّمَ الكلامُ في ذلك في باب استهلاك الحيوان، إلاّ أنّ التّرمذي[1] خرّج حديثًا عن عِكْرِمَة عنِ ابنِ عبّاسٍ، أنّ النّبيّ ﷺ قال: «مَنْ وَجَدْتُمُوهُ وَقَعَ عَلَى بَهِيمَةٍ فَاقْتُلُوه[١] وَاقْتُلُوا الْبَهِيمَةَ» وذُكِرَ أنّه قال: «مَنْ أَتَى بَهِيمَةً لاَ حَدَّ عَلَيْهِ»[2] وهذا أصحّ من الأوّل[3]، والبابُ ضعيفٌ.

الفقه في مسألتين:

المسألة الأولى[4]:

اختلف النّاس في هذا الحديث على خمسةِ أقوالٍ:

الأوّل: أنّه يقتل مَنْ أتى البهيمة مُتَعَمِّدًا[٢]، إلاّ أن يَدْرَأَ الإمام، أو يرى زوال القتل عنه فليحدّه حدّ الزّنا، قاله إسحاق بن راهويه.

الثّاني: إن كان بكرًا جُلِدَ، وإن كان مُحْصَنًا رُجِمَ، وهذا قول الشافعي[٣]، وقاله الحسن[5].

الثّالث: يُجْلَد مئة بكرًا كان أو ثيّبًا، قاله الزّهريّ[6].

الرّابع: يُعَزّر، قاله النّخعيّ، ومالك، والثّوريّ، وأحمد[7]، وعطاء، وهو أحد أقوال الشّافعيّ[8].

---

(١) في العارضة: «محصنا متعمّدًا».

(٢) في العارضة: «وهو أحد أقوال الشافعي».

(٣) ما بين النجمتين استدركناه من العارضة.

....

(1) في جامعه الكبير (1455)، والحديث أخرجه عبد الرزاق (13492)، وأحمد: 1/ 269، وعبد بن حميد (575)، وأبو داود (4462 م)، وابن ماجه (2561، 2564)، والدارقطني: 3/ 24. انظر تلخيص الحبير: 4/ 55.

(2) أورده الترمذي في جامعه (1455) وانظر التخريج السابق.

(3) هذا الحكم هو للإمام الترمذي.

(4) انظرها في العارضة: 6/ 238 ـ 239.

(5) أخرجه ابن أبي شيبة (28510).

(6) أخرجه ابن أبي شيبة (28513).

(7) انظر المغني: 9/ 59 (ط. الفكر).

(8) وهو القول الذي صَحّحَهُ المؤلّف في العارضة.

الخامس: أنّه يقتل بكرًا كان أو ثيّبًا من غير تفصيل، قاله الشّافعيّ أيضًا[١].

قال الإمام: المسألة تنبني على أصلين:

أحدهما ـ وهو الأقوى ـ: ضعف[٢] الحديث.

الثّاني: أنّ هذا الفعل ليس بزنى ولا مِنْ جنسه. والدّليل عليه: ثلاثة مسائل:

إحداها: أنّه[٣] عمل[٤] لا يتعلّق به تكليف فلم يتعلّق للحكم حدٌّ[٥].

ثانيها: أنّه لا يسمّى زنى، فلا يتعلّق به قذف.

ثالثها: أمّا البهيمة فلا تقتل بحالٍ، وقال الإسفرأيني: إذا كانت ممّا تُؤكَل ذُبِحَت قولاً واحدًا عندهم، وإن كانت ممّا لا تُؤكَل فقولان لهم فيها، وقد ثبت أنّ النّبيّ ﷺ نَهَى عن ذبح الحيوان إلاّ لِمَأْكَلَةٍ؛ لأنّها لا تكليف عليها فلا عقوبة لها.

ويجوز إن ذُبِحَت أن تُؤكَل.

المسألة الثّانية[1].

قوله[2]: «فِي الْجَمَلِ يَصُولُ عَلَى الرَّجُلِ» وهو كما قال، أنّ من[٦] صالَ عليه جمل أو دابّة فقتلها، أو قامت له بيِّنة بأنّه دفعها عن نفسه، فلا ضمان عليه، وبه قال الشّافعيّ[3].

وقال أبو حنيفة والثّوريّ: هو ضامِنٌ[4].

ودليلنا: أنّه من قتل تخوّفًا على نفسه دفعًا له عنها، فلا ضمان عليه فيه، كالعبد

(١) م: «لا يقوم لضعف»، ف، ج: «لا يقوى لضعف» والمثبت من العارضة.

(٢) «ثلاثة مسائل إحداها أنّه» زيادة من العارضة.

(٣) في العارضة: «محل».

(٤) في العارضة: «فلم يتعلّق بالإيلاج فيه حكم كالثّقب في كلّ جماد».

(٥) م، ف، ج: «قال ومن» والمثبت من المنتقى.

(٦) م: «الغسال»، وهو الثابت في نسخة من الموطأ أشار إليها المحقق، والثابت أيضًا في رواية أبي مصعب.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 66.

(2) أي قول مالك في الموطأ (2181) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2908)، وسويد (283).

(3) في الأم: 6/ 177 (ط. دار المعرفة).

(4) انظر مختصر اختلاف العلماء: 5/ 210.

يريد قتل الحرّ فيقتله الحرّ دَفْعًا له عن نفسه، فإنّه لا شيءَ عليه من قيمته. والفروع فيه كثيرة جدًّا.

القضاء فيما يُعطى الغُمّال[١]

الأصول[1]:

قال الإمام: هذه مسألةٌ اختلفَ العلماءُ فيها، فقال أبو حنيفة[2] ومالك: يضمَنُونَ إذا كانوا مُشتَرِكين.

وقال الشّافعيّ: لا ضَمَانَ عليهم[3]، على أصله الّذي مهَّدَهُ بزَعْمِه، وهو أنّ ما قُبِضَ بإذن المالِكِ لا ضَمَانَ فيه، على تفصيل قَرَّرْناه في «**مسائل الخلاف**».

ومُعَوَّلُ أبي حنيفةَ على معانٍ لا تقومُ على ساقٍ، وعمدتُهم على المصلحة الّتي مهّدناها، فإنَّ الصُّنّاع لو علموا أنّ الضّمان ساقطٌ عنهم، لادَّعوا التَّلَفَ وتَلِفَتْ أموالُ النّاس، فَقَوِيَتِ التُّهمةُ وتعيَّنَتِ المصلحةُ، فوجبَ الضّمانُ، وتَرَكَّبَ على هذا عند بعض علمائنا دَرْجُ الصّائغِ[٢] وغاشيةُ[٣] الحائِطِ وغيره.

الفروع وهي عشرة:

الفرع الأوّل[4]:

قولُه[5]: «فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى غَسَّال ثَوْبًا» هذا على ما قال، إذا دفع إليه ثوبًا في مَصْبَغَتِه، وأنكر صاحبه أن يكون أمره بذلك الصَّبْغ، فالقولُ قول الغسّال. وهذا ظاهر لفظ «**الكتاب**»[6] إلاّ أنّ صاحب الثّوب قد ينكر على وجهين:

---

(١) في النسخ: «الصانع» والمثبت من القبس.
(٢) جـ: «عاقبة».
(٣) م: «للثوب».

....

(1) انظره في القبس: 3/ 935.
(2) انظر مختصر الطحاوي: 129.
(3) ذكر ابن المنذر في الإشراف: 1/ 237 أنّه الصّحيح من قول الشافعي.
(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 68.
(5) أي قول مالك في الموطأ (2182) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (6968).
(6) المقصود بالكتاب هو المدونة: 11/ 491 (ط. صادر) في تضمين الأكرياء.

أحدها: أن يقول: أمرتك أن تصبُغَه.

والثّاني أن يقول: لم آمرك.

فإذا قال: أمرتك، فإنّه أيضًا على قسمين:

أحدهما: أن يقول: أمرتك بغير هذا الصِّبْغ.

والثّاني: أن يقول: أمرتك به، واختلفا في القَدْرِ، فإن قال: أمرتك بغيره، فإن لم يكن لواحد منهما بَيِّنَة، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده، فإن كان قبله، فقد قال محمد: يتحالفان ويتفاسخان[1].

فرع[2]:

فإن تَحَالَفَا بعد العمل، فالقولُ قول الصّبّاغ، وكذلك سائر الصُّنّاع فيما يحوزه الصّانع بالْفَوْتِ(١)، ولما له فيها من العمل بوجه حقٌّ.

وقال أبو حنيفة[3] والشّافعي: القولُ قول صاحب الثّوب.

ووجه قول مالكٍ: أنّ الصّانع حائز للثّوب فلا يستحقّ أخذه منه إلاّ بعد أداء ماله فيه، وصاحبه مُدَّع لأخذ ما في يده من الثّوب والصِّبْغ على غير الوَجْهِ الّذي يُقِرُّ بِهِ الصَّبَّاغُ، فكان القول قوله.

الفرع الثّالث[4]:

رَوَى عيسى عن ابن القاسم عنه[5] في الحائك يقول: أمرتني أن أنْسِج لك(٢) سبعًا في ثلاث، ويقول صاحبه: بل سَبْعًا في أربع، أنّ الحائك مُصَدَّقٌ مع يمينه.

---

(١) م: «أمرني... له».

(٢) في المنتقى: «وما قيمته».

....

(1) ووجه ذلك: أنّه لم يفت بالعمل وقد تحالفا في صفة ما وقع التّبايع عليه، فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا، كبَيْعِ الأعيان.

(2) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 68.

(3) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 93، ومختصر الطحاوي: 29.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 68، 71.

(5) أي عن الإمام مالك.

ولو شرط الصّانع ألاّ ضمان عليه، ففي «العُتْبِيّة»[1] و«الموّازية» عن أَشْهَب عن مالك: لا ينفعه[2]، وقال أشهب: إلاّ أنّ ذلك ينفعه[3].

الفرع الرّابع[4]:

وإذا أفسد القصّارُ أو الخيّاط الثّوب فسادًا يسيرًا، فقد قال مالك[5]: عليه ما نقصه بعد أن يرفأه، يقال: ما قيمتُه يوم دفعه صحيحًا، وقيمته[١] مرفوءًا ذلك اليوم؟ ويلزمه[٢] ما بين ذلك، وإن كان كثيرًا ضَمِنَ قيمته يوم دفعه إليه.

ورَوَى ابن وَهْب عنه[6]؛ أنّه إذا أفسدَهُ بخياطةٍ، فله أن يضمنه قيمته صحيحًا.

فرع[7]:

وقال مالك في «الموّازية»: لا يضمن من دفعت إليه لؤلؤة ليثقبها إذا كَسَرها، وكذلك البَيْطار يسرج الدّابّة، والسَّيفُ يُقَوِّمُه الصَّيْقَلُ[8] فينكسر ذلك كلّه، والمريض يُسْقَى الدّواء أو يَكْوِيهِ الطّبيب فيموت، أو الخَاتِنُ يموت الصّبيّ من خِتَانَتِهِ، أو الحَجّام يقلع الضّرس فيموت صاحبها، فلا ضمان على أحدٍ منهم.

والفرقُ بين هذا وبين ما تقدّم، ما قال ابن حبيب: أن الغالب في هذا الغَرَر، فإذا أَذِن صاحبه في ذلك وعَمِل على ما جرتِ العادةُ به، فقد عرضه لما حدث عليه، فلا

---

(١) في المنتقى: «فيغرم».
(٢) م، ف، ج: «أن يتعرض بنفسه» والمثبت من المنتقى.

....

(1) 4/ 225 في سماع أشهب عن مالك، من كتاب الأقضية.
(2) ووجه هذا القول: أنّه محلٌّ للضّمان متّفق عليه، فلا يجوز نقله بالشّرط، كشرطه في القرض والبَيْع.
(3) ووجه هذا القول: أنّه شَرطُ الضّمان فيما يسقط عنه الضّمان بالبيّنة عن تلفه من غير تعدٍّ، فوجب أن ينفعه ذلك ويسقط عنه؛ لأنّ معنى تصديقه في الضياع، ومن شرط التّصديق نفعه، كمن شرط ذلك في الاقتضاء.
(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 72.
(5) قاله في «الموّازية» و«المختصر» نصّ على ذلك الباجي.
(6) أي عن الإمام مالك.
(7) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 72.
(8) هو من صناعَتُهُ الصَّقْل.
(9) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 72 - 73.

ضمانَ على الصّانع، وإنما يضمن بالتّعدّي أو بِتَلَفٍ بغير بيّنَةٍ.

فرع[1]:

وقد قال مالك في «الموّازية» و«المُدَوَّنة»[2] في الفَرّان يحرق الخبزَ أنّه لا يضمن ما أحرق؛ لأنّه ليس من سببه وهو من غَلَبَةِ النار، إلاّ أن يَغِرَّ من نفسه(١) أو يُفَرِّط[3].

وإذا ادّعى الفَرّانُ احتراقَ الخبز أو الغَزْلِ بغَلَبَةِ النّار، فقد رَوَى ابن حبيب أنّه قال(٢): إنّما يسقط الضّمان عليه إذا بَقِيَ من الخبز أو الغَزْلِ ما يعلم به أنّه خبز ذلك الرّجُل أو غَزْله، فأمّا لو ذهب أصلاً ولم يُعْرَفْ إلاّ بقوله ضَمِنَ.

ووجه ذلك: أنّه ادَّعَى ضَيَاعًا غير معلوم، فهو عندي(٣) على وجه الضّمان فلا يُصَدَّق فيه. وأمّا إذا كان الخبز باقيًا فهو مُصَدَّقٌ في أنّه غَلَبَتْهُ النّار وصاحبه مدَّع التّعدّي، قاله أَصْبَغ في «العُتْبِيَة»[4].

فرع[5]:

ولو تَلِفَ الخبزُ عند الفَرّان، فقد قال سحنون وغيره: هو ضامنٌ وقد أسلمه إليه صاحبه. قال: ولو تركه صاحبُه ولا يَعْلَم به الفَرّان فلا ضمانَ.

وإذا وجب عليه الضّمانُ يسلمه(٤) إليه، ففي «سماع ابن وهب» و«المختصر الكبير»: لا يُعجِبني أن يُعطيَه غير خبزته وليعطيه مثلها، ولا بأس أن يأخذ أصغر منها ولا يأخذ أكبر منها.

---

(١) «أنه قال» ليست في المنتقى، وحذفها أولى.

(٢) م، ف،ج: «وهو عنده» والمثبت من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «بتسليمها».

(٤) في المنتقى: «... الصانع بعد ذهاب المتاع ببيّنة أنه سُرِقَ» وهو الصّواب.

....

(1) 3/ 374 في القضاء في تضمين الخبّاز إذا احترق الخبز.

(2) وفي هذه الحالة عليه الضّمان.

(3) 4/ 220 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب الرطب باليابس.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 73.

(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 73.

فرع[1]:

ولو ادّعى الصّانعُ ذهابَ المَتَاعِ وعُرِفَ أنّ بيته سُرِق[١] لم يُصَدَّق. وكذلك لو احترق بيته وَرُئِيَ الثّوبُ فيه محترقًا. ورَوَى محمّد عن مالك أنّه ضامن. وكذلك الرَّهْنُ، قال محمّد: حتّى يعلم أن النّار من غير بيِّنَةٍ[٢]، أو سَيْلٍ يأتي فيهدِم[٣] البيت، فهذا وشبهه يسقط الضّمان.

قال الإمام: وهذا الّذي رَوَى محمّد مخالِفٌ لما روى ابن حبيب[2] في قَرْض الفأر، ففيه الرّوايتان: الضمان[3]، ونفيه[4].

فرع آخر[5]:

وأمّا الحائكُ يفسد[6]، فإنّه يَغْرِمُ الغَزْلَ فقط.

انفصال[7]:

وهذا حكم الصُّنّاع، وأمّا الأُجَرَاء فعلى ضربين:

1 ـ أُجَرَاءُ للصُّنّاع.

2 ـ أُجَرَاءُ للحفظ والرّعاية.

---

(١) ف، ج: «بيته»، وفي المنتقى: «سببه».

(٢) في المنتقى: «أو ينهدم».

(٣) م، ف، ج: «يضمنوا» والمثبت من المنتقى.

....

(1) عن الإمام مالك.

(2) وجه هذه الرّواية: أنّ التّعدّي سببٌ للضّمان، فوجب أن يثبت حكمه بالتّهمة في حقّ الصّانع، أصل ذلك المغيّب عليه.

(3) أي أنّه مُصَدَّق. ووجه هذه الرّواية: أنّ التّعدّي لا يثبت بالدّعوى، وذلك أنّ التّلف ظاهر وهو تَبَرُّؤٌ من سبب الضّمان الّذي هو المغيب على المصنوع.

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 74.

(5) أي يفسد الثّوب.

(6) هذا الانفصال مقتبس من المنتقى: 6/ 76.

(7) أي بين يدي القصّار.

فأمّا الأوّل: فالّذي رَوَى محمّد عن ابن القاسم؛ أنّ أَجِيرَ القصّار لا يضمن، والقصَّارُ ضامنٌ لما أفسَدَهُ أَجيره، وقاله ابن حبيب. وهذا في الأجير المتصرِّف بين يديه[1] بحسب اختياره، وليس بحائز لما يعمله، فأمّا إن حاز ما يعمله ففي «**الموّازية**» و«**العُتبيّة**»[2] عن أَصْبَغ وأَشْهَب: إن كثر على الغَسَّال الثّياب، فآجر أجيرًا يبعثه إلى المُضِيّ بالثّياب فيدّعي تَلَفَها أنه ضامنٌ، وكذلك أجير الخيّاط يتصرّف بالثّياب.

وأما الأُجَرَاءُ للحفظ، فعلى قسمين:

قسم لهم تَعَلُّقٌ بالعمل.

وقسمٌ لا تَعَلُّقَ لهم به.

فأمّا الأوّل: فكصاحب الحمّام يضع عنده الثّياب، فقد قال مالك في «**العُتْبِيَّة**»[3] مِنْ سماعِ ابنِ القاسم: قد أمرتُ أصحاب السُّوقِ أن يضمن(١) أصحاب الحمّامات ثيابَ النّاس، أو يأتوا بمن يحرسها. وقال ابنُ أبي زَيْد في «**نوادره**»[4] بإِثْر هذا: وقد قال أيضًا في كتاب آخر: لا يضمنون، وهذا الّذي أشار إليه قد أشار إليه غيره، ولا أعلم أنّهم يشيرون إلاّ إلى ما في «**المُدَوَّنة**»[5] في الجَعْلِ: لا ضمان على من يجلس لحفظ ثياب النّاسِ في الحَمّام؛ لأنّه بمنزلة الأجير، وهذا الّذي أشار(٢) إليه ليس هو ممّا نحن فيه؛ لأنّ أُجَرَاء الصُّنّاع لا يضمنون، وإنّما يضمن الصّانع أو من هو في حكمه، وصاحب الحمّام ليس بأجير، إنّما المقصود العمل من المتصرِّف والاغتسال، فهم[6] يضمنون على ما جرت به العادة.

---

(١) في المنتقى: «أشاروا».
(٢) م: «يصنع»، وفي المنتقى: «يطحن».

....

(1) 4/ 251 في سماع أصبغ وأشهب، من كتاب البيع والعيوب.
(2) 4/ 224 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب نذر سنة يصومها.
(3) 7/ 87.
(4) لم نجده في المطبوع من المدونة، وراجع كشف القناع عن تضمين الصُّنّاع للمعداني: 102.
(5) أي أصحاب الحمامات.
(6) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 76.

فرعٌ[1]:

وقال ابن حبيب[2] في الطّحّان يضيع[١] القمح بحضرة صاحبه أنّه لا يضمن ظرفًا[3] ولا قمحًا، إلاّ أن يخرج النّاس عن الرّحى. . ، المسألة إلى آخرها[4].

فرع آخر[5]:

وقال مالك في المستأجر يحرس بيتًا أو خَيْلاً أو غَنَمًا فينام فيُسْرَق ما في البيت أو تذهب الخيل[٢] أو الغنم: إنّه لا ضَمَان عليه، وله أُجرتُه كاملة.

وقال ابنُ القاسم: لا يضمن الأجير إلا ما ضَيَّع أو فَرَّط.

وقال محمّد: لا يضمن جميع الحُرَّاس إلاّ بالتّعدِّي، كان ممّا يُغاب عليه أو لا، من طعامٍ أو غيره[6].

فرع[7]:

وأمّا الأجيرُ على البيع والشّراء، فالّذي نَصّ عليه علماؤنا؛ أنّه لا ضَمانَ عليه، زاد محمّد: ضاع المَبِيع أو ثمنه.

ووجه ذلك: أنّه مستحفظٌ لا تعلّقَ له بالعمل، فلم يضمن ما ضاع من غير تعدٍّ كالمُودِعِ.

وإذا ضَمِنَ بالتّضييع، فقد قال ابن القاسم: من التّضييع أن يترك ما وُكِّلَ به[8] ممّا يمكن الاحتراز منه.

---

(١) في المنتقى: «أو يذهب بالخيل» وهي سديدة.

(٢) في المنتقى: «السّفر».

....

(1) قاله في «الواضحة» كما نصّ على ذلك الباجي.

(2) أي وِعاءً.

(3) تتمة المسألة كما في المنتقى: «. . . عن الرّحى للزّحمة فيضمن القمح وظرفه وكذلك الفرّان، نجعل الخروج عن الرّحى والفرن مغيبًا يوجب الضّمان على الحافظ الّذي له تعلّق بالعمل».

(4) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 76 ـ 77.

(5) ووجه ذلك: أنّه مؤتمن لا تعلّق له بالعمل، فلم يكن عليه ضمان كالمودع.

(6) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 77.

(7) تتمة الكلام كما في المنتقى: «. . . به ويذهب إلى غيره، فليس النّوم والغفلة من التضييع. =

= ووجه ذلك: أنّه لابدّ لكلّ أحدٍ منه ولا يمكنه الاحتراز منه، فأمّا من ترك حفظ ما وكل به بحفظه

فرع آخر[1]:

وأمّا الحارس الّذي لا تعلّقَ لحراسته[2]، فله الأجرُ كاملاً وإن ضاع ما احتفظه.

وأمّا حامل المَتَاع أو الطّعام يَهْلِكُ في الطّريق بفعله، فلا أجرةَ له حتّى يبلغه. وكذلك ما يعطب في السُّفُنِ[١]؛ لأنّه من سبب السّفينة يهلك.

وأمّا المُستأجر للبَيْع والشّراء يُتْلِف السِّلْعَة أو ثمنها، فلا أجرةَ له، قاله محمّد؛ لأنّ هذا من باب الجَعْلِ، فلا جَعْلَ له إلاّ بتمام العمل، وهو أن يُوصل إليه ما ابتاع له، أو ثمن ما باع له.

فرع آخر[3]:

وفي «العُتْبِيّة»[4] عن ابنِ القاسم[5] فيمن بعث معه بخادم يبلغها[٢]، فينام في الطّريق، فذهبت[6]، له من الأجر بحسب ما بلغ، ولا ضمان عليه. وقال ابنُ أبي زَيْد: يريد أنّها بإجارة وليس بجعل، وقد قال ابنُ القاسم عنه[7]: إن ماتت في الطّريق فله الأجر كاملاً وعليه أن يتمّ له بقيّة سَفَرِهِ.

ووجه ذلك: أنّه ما كان من هذا على وجه الجَعْلِ فلا أُجرةَ له إلاّ بتمامه، وما كان على وجه الإجارة فهاهنا اختلف قول مالك، فمرّةً فسخ الإجارة لفَوَاتِ العين، وجعل له من الأَجْرِ بحساب ما عَمِل، ومرّةً أبقاها وجعل له الأجر كاملاً. والفروع هاهنا كثيرة، فركِّب عليها ما شئتَ من «كتب المسائل» إن شاء الله.

---

(١) م، ف، جـ: «ليبيعها» والمثبت من العتبية والمنتقى.

(٢) م، ف، جـ: «يحتمل» والمثبت من الموطّأ.

....

والاستعمال لغيره فمما يمكن...».

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 77.

(2) بعمله.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 77.

(4) 8/ 428 في سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون، من كتاب طلق بن حبيب.

(5) عن الإمام مالك.

(6) أي هربت فأبقت منه.

(7) أي عن الإمام مالك.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 80.

القضاء في الحمالة والحول

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قولُه[2]: «فَأَمَّا الرَّجُلَ يَتَحَمَّلُ[١] لَهُ الرَّجُلُ» هذا على ما قال. والحمالةُ معناها: أن يلزم المتحمّل إحضار ما تحمّل به، وهي الكفالة والزّعامة والضّمان.

قال عبدُ الوهّاب[3]: «كلُّ ذلك بمعنىً واحد». وقال في: «المُدَوَّنة»[4]: إذا قال له: أنا ضامنٌ، أو كفيلٌ، أو حميلٌ، أو زعيمٌ، أو هو لك عندي، أو علَيَّ، أو قبلي، فهو كلّه ضمانٌ لازم في الحقّ والوجه.

قال: والأصل في ذلك[٢]: قولُه تعالى: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾[5] وهذا إن استدلّ به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللّغة فَبَيِّنٌ، وأمّا إن استدلَّ به على ثبوت حكمها على ما ذكره عبد الوهّاب[6]، فإنّما هو على رأي من يقول: شرع من قَبْلَنا شرعٌ لنا إلاّ ما خصّه الدّليل، وهو المشهور من مذهب مالك[7].

المسألة الثانية[8]:

فإذا ثبت هذا، فإنّها على وجهين:

1 ـ حمالة بالوجه.

2 ـ وحمالة بالمال.

---

(١) م، جـ: «فيه»، وفي المنتقى: «في جوازها».

(٢) في المنتقى: «ببلده».

....

(1) أي قول مالك في الموطأ (2185) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2971).

(2) في المعونة: 2/1230.

(3) 4/130 في الحميل بالوجه لا يغرم المال.

(4) يوسف: 72.

(5) في المعونة: 2/1230.

(6) انظر المقدّمة في الأصول لابن القصّار: 149 ـ 152، وإحكام الفصول للباجي: 394.

(7) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/80.

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/80 ـ 81.

فأمّا «الحمالة بالوجه» فهي جائزةٌ، خلافًا للشّافعيّ.

ودليلنا: أن المقصود منها المال لأنّه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال، فنقول: إنّه وثيقة يُتَوَصّل بها إلى المطالبة بالمال، فصحّ تعلُّقها بالوجه كالشّهادة.

المسألة الثّالثة[1]:

وهي أيضًا على وجهين:

1 - حمالةٌ بالوجه على الإطلاق.

2 - وحمالة بالوجه على ألاّ شيءَ عليه من المال..

فأما «الحمالة بالوجه على الإطْلاق» فإنْ جاء به[2] بَرِىءَ.

ووجهه: أنّه قد برئ، وقد وفّاه ما تحمّل له، وهذا ما لم يتعيّن لمجيئه وقتٌ، فمتى جاء به برئ، وإن ضرب أجلاً بمجيئه فجاء به عند الأجل برىء[3]، قاله في «المُدوَّنة»[4].

ولو تحمل به على أن يحضره هو أو وكيله بعد شهر، فأحضره منَ الغَدِ، لم يبرأ حتّى يأتي به عند الأجل[5]، رواه أبو زَيْد في «العُتْبِيّة»[6] عن ابن القاسم.

قال علماؤنا[7]: ومن شرط إحضاره أن يحضره هو أو وكيله، فإن أحضره أجنبي لم يبرأ بذلك الحميل، قاله في «المُدَوَّنة»[8].

ولو مات الغريم لسقطت الحمالة عن الحميل؛ لأنّه إنّما تحمّل للطّالب بإحضار نفسه، ونفسُه قد ذهبت[9]، وهذا إن مات ببلد[١] قبل أن يلزم الحميل إحضاره قبل أجل

---

(١) في المنتقى: «إن شرط حمالة الوجه ليست».

....

(1) أي إن جاء الكفيل بالمتكفّل به.

(2) لأنّه قد أتى به على ما شرط، فوجب أن يبرأ.

(3) 4/ 129 في ما جاء في الحميل بالوجه يغرم المال.

(4) ووجه ذلك: أنّه شرط إحضاره في وقت معيّن فلا يبرأ بحضوره قبله، أصل ذلك حضوره يوم الحمالة.

(5) 11/ 362 من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم، كتاب محض القضاء.

(6) المقصود هو الإمام الباجي.

(7) 4/ 130 في الحميل بالوجه لا يغرم بالمال.

(8) وعُدِمَ بذلك شرط التّمكّن من إحضارها.

(9) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 82.

إحضاره أو بعده.

المسألة الرّابعة[1]:

وأمّا الضّرب الثّاني وهو: «الحمالة بالوجه على ألاّ شيءَ عليه من المال» ففي «**الموّازية**» عن مالك: أنّه إذا شرط في حمالته الوجه ليس[١] من المال في شيء. قال محمّد: أو يقول[٢]: لا أضمن لك إلاّ الوجه، فهذا لا يضمن إلاّ الوجه، مات أو أفلس، حضر أو غاب. وفائدةُ هذه الحَمَالة يضمن الإحضار خاصّة، أو يكفيه مؤنة طلبه ويُؤَمّنه من مغيبه، فإذا قيّدها بأنّها لا تتعلّق بالمال، لم يلزمه غير ما التزم من الإحضار، وجازت هذه الحمالة في الجملة لتَعَلُّقها بالمال المعلّق بالذِّمّة، ولولا أنّ المقصود منها طلب الذِّمّة لما جازت؛ لأنّ الأعيان لا يصحّ تعلّق الضّمان بها، كمن ضَمِنَ لرَجُلٍ دابّةً معيّنةً أو عبدًا يُحضره، أو ضَمِن من وجب عليه حدٌّ أو تعزيرٌ، لأنّ ذلك الضّمان لا يتعلّق له بالذِّمّة.

فرع[2]:

فإن أحضره[3] برىءَ، وإن حان الأجل فلم يحضره، فلا شيءَ عليه إلا إحضاره. وقال مالك: لا شيءَ عليه إلاّ طلبه.

المسألة الخامسة[4]:

وأمّا «الحمالة بالمال» فمعناها التزام إيصال المال إلى من تحمل له به، ولا تبرأ بذلك ذمّة المتحمّل عنه، خلافًا لابن أبي ليلى[5].

قال عبد الوهّاب[6]: «لأنّها وثيقةٌ فلم يبرأ بها مَنْ عليه الحقّ كالرَّهْن».

فإذا ثبت هذا، ففي الحمالة بالمال ستة فصول: الأوّل: فيما تصحُّ به الحمالة.

---

(١) م، ف، جـ: «ويقول» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «فيمن تصحّ الحمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح الحمالة عنه».

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 82.

(2) أي أحضر الحميل بالوجه على شرط الغرم.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 82.

(4) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: 55.

(5) في المعونة: 2/ 1232.

(6) هذا الفصل بفروعه مقتبس من المنتقى: 6/ 83 ـ 84.

الثّاني: فيمن تصحّ الحمالة منه. الثّالث: فيمن لا تصحّ الحمالة عنه(١). الرّابع: فيما للطّالب من مطالبة الحميل. الخامس: في رفق الطّالب بالحميل أو الغريم. السّادس: في قضاء الحميل عن الغريم.

الفصل الأوّل[1]

فيما تصحّ به الحمالة

قال علماؤنا[2]: إنّها تصحّ في المعلوم والمجهولِ، خلافًا للشّافعيّ في منعها في المجهول.

ودليلنا: أنّ هذه وثيقة بحقٍّ، فصحّت في المجهول كالشّهادة بالوصية.

فإذا ثبت ذلك، فقد قال مالك في «الموّازية» فيمن أوصَى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دَيْنَه: فذلك جائزٌ، سمّاه[3] أو لا، والغُرَماء حضورٌ أو غيب، في الصحّة أو المرض. وفي «العُتْبِيّة»[4] عن ابن القاسم عن مالك فيمن مات وعليه من الدَّيْن مالا يدري كم هو وترك مالاً[5] لم يُحْصَر، فتحمّلَ بعض وَرَثَتِه بدَيْنِه إلى أجلٍ على أن يُخَلّى بينه وبين مالِه. فإن كان فيه فضلٌ[6]، كان بينه وبين الوَرَثَة، وإن كان نقصًا فعليه وَحْدَهُ، إنّ ذلك عليه جائز، كان الّذي تحمل به نقدًا أو مؤجّلاً؛ لأنّه منه معروف[7]، ولو كان على أنّ له(٢) الفضل وعليه النّقص لم يجز؛ لأنّه بَيْعٌ فاسد.

فرع:

إذا ثبت ذلك، فلو طرأ عليه غريمٌ لم يعلم به الوارث لزمه أن يقضيه، ولا ينفعه

---

(١) م، ف، ج: «عليه» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «لازم».

....

(1) المقصود هو الإمام الباجي.

(2) أي سمّى الدّين.

(3) 11/327 في سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم، من كتاب الرّهون.

(4) من عين وعرض.

(5) وذلك بعد وفاء الدّين.

(6) أي على وجه المعروف.

(7) أي التزم أداء الدّين.

قوله: لم أعلم، قاله مالك وابن القاسم.

ووجه ذلك: أنّه التزمه[1] على العموم ولم يخصّ ما علمه دون ما لا يعلمه، والتزام المجهول لا يلزم[١].

فرع:

والحمالةُ بالجَعْل حرامٌ، قاله مالك في «العُتبِيّة»[2] من رواية ابنِ القاسم. وقال ابنُ القاسم في «الموّازية»: فإن كان صاحب الحقّ عالمًا بذلكِ، سقطت الحمالة وردُّ الجَعْل. وإن لم يعلم بذلك فالحمالةُ لازمةٌ والجعلُ مردودٌ ومعنى ذلك أنّه عَقْدٌ يختصّ بالمعروف فلم يصحّ فيه العِوَض كالقَرْضِ.

ومن أسلف سلفًا فلا بأس أن يأخذ به حميلاً[3]، قاله مالك في «الموّازية».

الفصل الثّاني[4]
فيمن تصحُّ الحمالة منه

فإنّها تصحّ من كلّ مالك لأمره لا حَجْرَ عليه لأحدٍ، كان يقدر على النُّطق أو كان أخرس إذا فهم أمره[٢]. وقال مالك في «المُدَوَّنة»[5]: تجوز كفالته إذا فهم عنه، وأمّا محجورٌ عليه لحقّه أو لحقّ غيره فإنّه يُعتَبرُ أَمْرُهُ، فإن كان محجورًا لحقّه كالصّغير والسّفيه المَوْلَى عليه، لم تلزمه الحمالة.

وأمّا البِكْر الّتي لم تَعْنِس كالصّغيرة، وأمّا الّتي عَنَسَتْ وأونس رشدها، ففي

---

(١) في المنتقى: «مراده».

(٢) ف: «كتاب الرجم» وفي المنتقى: «عبد الرحمن».

....

(1) 11/ 289 من سماع ابن القاسم، رواية سحنون، من كتاب الرّطب باليابس.

(2) ووجه ذلك: أنّه وثيقة تجوز في البيع فجازت في القرض كالشّهادة.

(3) هذا الفصل بفروعه مقتبس من المنتقى: 6/ 84 ـ 85.

(4) 4/ 141 في كفالة الأخرس.

(5) 4/ 145 في كفالة المرأة التي قد عنست.

«المُدَوَّنَة»[1] عن ابن القاسم، ووجدته في «كتاب عبد الرحيم[١][2]» عن مالك: لا تجوز هبتها وكذلك كفالتها؛ لأنّ بُضْعَها بيد أبيها.

ووجه ذلك: أنّ ولاية الأب لمّا لم تسقط في البُضْع بالتَّعْنِيس لم تسقط في المال.

ووجه الأوّل: أنّ الولاية في البُضعِ لا تزول بالرُّشد، والولاية في المال تَزُول بالرُّشد؛ لأنّها تُرَادُ لحفظ المال، فإذا حُفِظَ زالت[3] وبقيت في البُضع؛ لأنّها تراد لحفظ ما يغيب[٢]، فمعناها باقٍ ما بقيت المرأة.

فرع:

وأمّا المحجور لحقّ غيره، كالعبد والمستغرق في الدَّيْن والمريض وذات الزَّوج، فإنّ العبد والمُكَاتَب والمدبّر وأمّ الولد، حمالتُهُم بغير إذن السَّيِّد باطل[٣]. وإن كان العبد مأذونًا له[4]، فقال ابن الماجشون: تجوز حَمَالته. وحكَى محمّد القولين في العَبْد.

ووجه الأوّل ـ وهو قول مالك وجمهور أصحابه ـ: أنه[٤] معنىً يدخل في ذِمَّتِه نقصًا، فلم يكن له ذلك بغير إذن سَيِّدِهِ، كالمُدَايَنَة.

وأيضًا: فإنّه وَجْهٌ من المعروف، فلا يجوز له بغير إذن سَيِّده وإن أَذِنَ له في التّجارة، كهِبَة مَالِه.

فرع:

وتجوز حَمَالَتُه بغير إذن سيِّده وإن لم يكن مأذونًا، إلاّ أن يستغرقَهُ الدَّيْن، فلا يجوز وإن أَذِنَ له السَّيِّد.

---

(١) في المنتقى: «لحفظ البضع مما يغيب».
(٢) في المنتقى: «باطلة» وهي أسدّ.
(٣) م: «لأنه».
(٤) في المنتقى: «الموازية».

....

(1) لعل هذا الكتاب هو المسائل التي رواها عبد الرحيم بن خالد الجُمَحيّ (ت. 163) عن الإمام مالك، انظر ترتيب المدارك: 3/ 54.
(2) ولاية المال.
(3) في التّجارة.
(4) 4/ 114 في كفالة العبيد بإذن ساداتهم.

وأما المُكَاتَب، فقد قال ابن القاسم في «المُدَوَّنة»[1]: إذا أَذِنَ له وللمدبّر وأمّ الولد في الحَمَالَة جاز. وقال غيره: لا يجوز معروف المُكَاتَبِ؛ لأنّه داعية إلى رِقّه، وليس ذلك له ولا لسَيِّدِه.

ووجه قول ابن القاسم: أنّه محجورٌ عليه بحُكْم الرِّقّ، فجاز ما يفعله من ذلك بإذن السَّيِّد، أصل ذلك العبد القِنّ.

فرع:

وأمّا المستغرق في الدَّيْن، ففي «المُدَوَّنة(١)»[2] و«العُتْبِيّة»[3] عن مالك: أنّه لا تجوز حمالته، كصدقته، وتُفْسَخ؛ لأنّها من المعروف[4].

وأمّا المريض، ففي «المُدَوَّنة»[5]: تجوز كفالته في ثُلُثه[6].

فرع:

وأمّا ذات الزّوج، ففي «المُدَوَّنة»[7] عن ابن القاسم أنّ ذلك في ثُلُثها[8]، وإن زادت على الثُّلُث في كفالتها، فللزَّوْج إبطال جميعها، إلاّ أن يزيد الشّيء اليسير[9].

وقال المُغيرَة: إذا جاوزت(٢) الثُّلُث لم يبطل، كالمريض يوصي بأكثر من ثُلُثه.

وإذا تكفّلت بزوجها، ففي «المُدَوَّنة»[10]، قال مالك: عطِيَّتُها لزوجها جميع ما لها

---

(١) في المنتقى: «الموازية».

(٢) في المنتقى: «حازت».

....

(1) 4/ 114 في كفالة العبيد بإذن ساداتهم.

(2) انظر المدونة: 4/ 141 ـ 142 في الرجل يقرّ في مرضه بالكفالة لوارث أو غير وارث.

(3) 11/ 369 في سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم.

(4) ووجه هذا القول: أنّ لمّا كان للغُرماء ردّ عتقه، كان لهم ردّ كفالته وهِبَتِهِ، كالمضروب على يديه.

(5) 4/ 142 في كفالة المريض.

(6) ووجه هذا القول: أنّه معروف يفعله المريض، فكان في ثلثه كهبته.

(7) 4/ 142 في كفالة المريض.

(8) أي ثلث مالها.

(9) وفي هذه الحالة يمضي الثّلث والزيادة.

(10) 4/ 147 في كفالة المرأة عن زوجها.

جائز، وكذلك كفالتها عنه. ومعنى ذلك: أنّ كفالتها بِرِضَاه، فإن لم يرض، فعلى مذهب ابن القاسم: تبطل إلاّ بالثُّلُث فأدنى.

الفصل الثالث[1]
فيمن تصِحُّ عنه

فتحرير ذلك: أنها تجوز عن مَالِكٍ لأَمْرِهِ وغير مالكٍ لأَمْرِه فيما يلزم أداؤُه من ماله. وأمّا المَوْلَى عليه(١)، فلا يخلوا أن يكون تحمّل عنه حميل بما تقدّمت المعاملة فيه، أو بما تستقبل المعاملة فيه. فإن كان تحمّل عنه بثمنٍ ما قدِ ابْتاعَهُ، فقد قال ابن القاسم في «العُتْبِيَة» و«الموّازية»: إن كان ممّا يلزم اليتيم لزمه ويرجع به في مال الصّبيّ. وقال عبد الملك: لا يلزم المَوْلَى عليه شيءٌ ممّا تحمّل عنه به، فإن كانت المعاملة قبل الحمالة لم يلزم الحميل شيء. يريد أنّه لم يتحمّل عنه بدَيْن ولا عامله المتحمّل له بسببه.

الفصل الرّابع[2]
فيما للطّالب من مطالبة(٢) الحميل

لأنّه لا يخلو أن يكون واحدًا أو جماعة، فإن كان واحدًا، فهل للطّالب أخذه بجميع الحقّ مع حضور الغَرِيم أو غيبه(٣)؟ فقد اختلف فيه قول مالك، فقال في

---

(١) م، ف، ج: «الأعلى» والمثبت من المنتقى.
(٢) م، ف، ج: «مصالحة» والمثبت من المنتقى.
(٣) ف، ج، والمنتقى: «عناه».
(٤) في المنتقى: «في مال».

....

(1) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 86.
(2) هذا الفصل مقتبسٌ من المنتقى: 6/ 86.
(3) انظر المدونة: 4/ 131 في أخذ الحميل بالحقّ والمتحمل به مليء غائب أو حاضر.
(4) ووجه هذا القول: أنّ الحقّ متعلّق بذمّته في حال عدم الغريم، فوجب أن يكون متعلّقًا بذمّته في حال يساره كالغريم.

«المُدَوَّنة»[3]: له طلبه في غيب[١] الغريم وحضوره[4].

قال عبد الوهّاب[1]: «وبه قال أبو حنيفة والشّافعيّ» ثمّ رجع مالك، فقال: لا يتبعه[٢] إلاّ في عدمه[٣] أو في غيبته[2]. قال عبد الوهّاب[3]: «وهو قول عبد الملك».

الفصل الخامس[4]
في رفق الطّالب بالغريم[٤] أو الحميل

ووجه ذلك: أنّ الطّالب قد يَهَبُ حقّه للغريم أو الحميل، أو يؤخّر[٥] أحدهما[٦].

فأمّا الهِبَة، فإنْ وهبَ الغريمُ فقد بَرِىءَ الحميلُ؛ لأنّ الهِبَة كالاقتضاءِ.

فرع:

ومن أخذ حميلاً بثمنِ سِلْعةٍ، على أن له أن يأخذ أيّهما شاءَ، فمات الغريم، ثمّ أراد أن يطالب[٧] الحميل ففي «العُتْبِيّة»[5] و«الموّازية» عن مالك: يحلف ما وضع إلاّ[٨] للميّت وهو على حقّه، قال محمّد: فيها شيء، وقال في موضع آخر: فيها نظر.

وأمّا إن أخذ الغريم ففي «العُتْبِيّة»[6] و«الموّازية» لأَشْهَب عن مالك[٩]: إن أخذه سنة فالحمالةُ ثابتة، إلاّ أنّ للحميل أن يمنع التأخير ويقول: أخاف أن يفلس، فليس له التّأخير.

---

(١) في المنتقى: «لا يبيعه».
(٢) م، ف، جـ: «حضوره» والمثبت من المنتقى.
(٣) م، ف: «للغريم»، جـ: «الغريم» والمثبت من المنتقى.
(٤) في النسخ: «يأخذ» والمثبت من المنتقى.
(٥) م، ف، جـ: «أحدهما به» ولعل الصواب حذف «به» كما في المنتقى.
(٦) م، ف، جـ: «يطلب» والمثبت من المنتقى.
(٧) «إلاّ» زيادة من المنتقى.
(٨) «عن مالك» زيادة من المنتقى.

....

(1) في المعونة: 2/ 1233.
(2) ووجه هذا القول: أنه وثيقة بالحقّ، فلم ينتقل إليه إلاّ مع تعذُّر استيفاء الحقّ من محلّه كالرّهن.
(3) في المعونة: 2/ 1233.
(4) هذا الفصل بفرعه مقتبس من المنتقى: 6/ 88.
(5) 11/ 301 في سماع أشهب وابن نافع، رواية سحنون، من كتاب الأقضية.
(6) 11/ 302 في سماع أشهب وابن نافع، رواية سحنون، من كتاب الأقضية.

وقال ابن القاسم في «المدوّنة»[1]: لا[١] تسقط الحمالة. وقال غيره في «المُدَوَّنة»[2]: إذا أَخّر الغريم وهو مُوسِرٌ تأخيرًا بَيِّنًا فقد سقطت حمالته.

الفصل السادس[3]
في قضاء الحقّ

فإن دفعه الغريم، بَرِئَ وبَرِئَ الحَمِيلُ. وإن دفعه الحَمِيل، بَرِئَ من مطالبة صاحب الحقّ، وكان له مطالبة الغريم. فإن كان أدّى عنه مثل ما عليه رجع بمثله، وإن كان أدّى عنه غير ما عليه، مثل أن يكون الدَّيْن دنانير فيدفع عنه دراهم، فإنّ ذلك لا يجوز قبل الأَجَل، لما فيه من تأخير أحد عِوَضَي الصَّرف. وأما بعد الأجل ففي «الموّازية»: أنّ ذلك جائزٌ[4]، وفيها أنّه غير جائز[5]، وإليه رجع ابن القاسم، وهو قول أشهب وأصحابه، ولهذا توجيه طويل في «كتب المسائل».

القضاء في العيوب

الإسناد[6]:

قال الإمام ابنُ العربي: هذا بابٌ ليس فيه حديثٌ صحيحٌ على التّخصيص، أمّا أنّ

---

(١) في المنتقى: «إلاّ أن».

....

(1) 4/ 136 ـ 137 في الغريم يؤخذ منه الحميل، فإذا حلّ الأجلُ أخّر طالب الحقّ الغريم، أيكون ذلك تأخيرًا عن الحميل.

(2) انظر المصدر السابق.

(3) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 88 ـ 89.

(4) ووجه هذا القول: أنّ ما بين الطّالب والغريم قد صحّ باتخاذ المصارفة؛ لأنّ ذلك متعلّق بذمّته، كالّذي كان له عليه الدَّين.

(5) ووجه هذا القول: أن الغريم يكون مخيّرًا بين أن يدفع ما كان عليه وما دفع عنه، فيدخله الخيار في الصّرف وفسخ دَيْن في دَيْن.

(6) انظره في القبس: 3/ 936.

في تحريم الغِشِّ أحاديث، روى الدّارقطني[1] عن النّبي ﷺ كلمة في الباب، قال النّبيُّ ﷺ: «لاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ يَبِيعُ بَيْعًا يَعْلَمُ بِهِ عَيْبًا إلاَّ بَيَّنَهُ»[2].

قال الإمام: وهذا مبنيٌّ على إحدى القواعد المتقدِّمةِ[3]، وهي تحريمُ أكلِ المالِ بالباطلِ، وذلك بيِّنٌ في الباب.

فإن قيل: فلِمَ لا يُحْكَمُ بفَسْخِ العَقْدِ وقد انعقدَ على حرام وانْبَنَى على باطل؟

قلنا: لأنّه عارَضَتْهُ قاعدةٌ أُخرَى تقدّمتِ الإشارةُ إليها ومهّدناها في «كتاب البيوع»، وهي أنّ النّهي إذا كان في حقِّ الله فُسِخَ ما انْبَنَى عليه، وإن كان في[١] حقّ الآدميّ فاللّهُ[٢] قد جعلَ للآدميّ الخِيَارَ، فإنّه قد يحتمِلُ أن يشترِيَهُ بعَشَرَةِ دنانيرَ بعيبٍ لا يعلَمُه، فإذا اطَّلَع عليه وجَدَ العَيْب[٣] يساوي أحدَ عشرَ دينارًا، فيرى الحظَّ لنفسِهِ، فَرَدَّ اللّهُ الأمرَ إليه، وذلك إجماعٌ. أما إنّه قد يدخُلُ على مسائل العَيْبِ وجوهٌ من المنهيّاتِ من الغَرَرِ والرِّبَوِياتِ، فتتعدَّدُ لذلك أحكامُها، وتختلِفُ مآخِذُها، وتَكثُرُ فروعُها، ولا تحتمِلُها هذه العُجَالةُ، فعليكم **بكتب المسائل**، ولاسيّما ابن عبدوس؛ فإنّه أطنَبَ في هذا الباب، وجاء فيه باللُّباب.

باب
ما لا يجوز من النُّحْلِ

أدخل[4] فيه حديث النُّعْمَان بن بَشِيرٍ، أنّ أباهُ بَشِيرًا أتَى به إلى رسولِ الله ﷺ

---

(١) «في» زيادة من القبس.
(٢) م، ف، ج: «والله» والمثبت من القبس.
(٣) في القبس: «المعيب».

....

(1) لم نجده في سنن الدارقطني، بالرغم من أن ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 22 عزاه أيضًا إلى الدارقطني.
(2) أخرجه ابن ماجه (2246) من حديث عقبة بن عامر بلفظ: «المسلمُ أخو المسلم، ولا يَحِلُّ لمسلم باع من أخيه بيعًا فيه عيبٌ إلا بَيَّنَهُ له». وأخرجه أيضًا أحمد: 4/ 158، والحاكمَ: 2/ 9، والطبرانيّ في الكبير: 17/ 317 (877) كلهم من حديث عبد الرحمن بن شماسة عنه، قال ابن حجر رفي تلخيص الحبير: 3/ 22 «مَدَارُهُ على يحيى بن أيوب، وتابعه ابن لهيعة». وانظر مصباح الزجاجة للبوصيري: 3/ 31.
(3) انظر صفحة: 398 من الجزء: 2.
(4) مالك في الموطأ (2188) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2938)، وسويد (292)، =

فقال: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلاَمًا كَانَ لِي، فقال له رسولُ الله ﷺ: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟» فقال: لا. قال: «فَارْتَجِعْهُ».

الفقه في مسألتين:

المسألة الأولى[1]:

استدلّ مالك وأصحابه بهذا الحديث؛ أنّ الأَبَ يعتصِرُ ما وَهَبَ أو نَحَلَ ابنه ما لم ينكح الابنُ أو يُدَاين، ويستدلُّون في الاعتصار بهذا الحديث. وزاد البخاريُّ[2] في هذا الحديث: «لاَ أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ» فدلّ هذا القول أنّ[(١)] بَشِيرًا كان قد مال بالنُّحلة إلى النُّعمان دون سائر بَنِيهِ، فأمره رسولُ الله ﷺ باعتصاره؛ لأنّ هِبَةَ بعض بَنِيهِ دون بعض رُبَّما آل ذلك إلى أن يَفْقِد من لم ينحله من بَنِيهِ، فَأَمْرُ النَّبيِّ ﷺ أباه بذلك على[(٢)] النَّدْبِ إلى التّسوية بين البَنِين، لا على أنّ هِبَةَ الرَّجُل بعض بَنِيهِ غير جائزة.

المسألة الثّانية:

وهل يجوز للرَّجُل أن يتصدّق بجميع ماله على وَلَدِه؟ فرُوِيَ عن مالك في ذلك قولان:

أحدهما: المنع.

والآخر: الجواز.

وقال[3] في «العُتْبِيّة»[4] و«الموّازية»[5]: يجوز له أن يتصدّق بماله كلّه في صحّته، وقد فعله أبو بكر رضي الله عنه.

---

(١) م: «فدل على على هذا القول أن».

(٢) في تفسير البوني: «على وجه».

....

= وابن القاسم (33)، ومحمد بن الحسن (807)، والقعنبي عند الجوهري (159)، والشافعي في مسنده: 174 [على الشك بين مالك وسفيان]، والتنيسي عند البخاري (2586)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1623)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 84.

(1) هذه المسألة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 105/ ب ـ 106/ أ، وراجع العارضة: 6/ 127 ـ 128.

(2) في صحيحه (2650).

(3) القائل هو الإمام مالك.

(4) 13/ 394 في سماع ابن القاسم عن مالك، من كتاب أوّله: باع غلامًا.

(5) نصّ على الموازية الباجي في المنتقى: 6/ 93.

وقال ابنُ القاسم: أكره أن يتصدّق الرَّجُل بماله كلّه على بعض ولده. فخرج من هذا وجه الكراهية، وإليه ذهب عبد الوهّاب[1]، وفيه كلامٌ طويلٌ يأتي بيانُه في «كتاب الهبة[2]» إن شاء الله.

....

(1) في المعونة: 3/ 1616 ـ 1617، وانظر التفريع: 2/ 315.

(2) انظره في صفحة: 448 ـ إلى صفحة: 471 من هذا الجزء.

كتاب الهِبَة

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأوّل[1]

قال الإمام: الهِبَةُ على الحقيقة لله وحدَهُ؛ لأنّ حِقيقةَ الهِبَةِ هو العَطَاءُ بغير عِوَضٍ ممّا لا يجِبُ، والّذي يُعْطِي على الحقيقة بغير عِوَضٍ ولا يجبُ عليه، فهو الله سبحانه، ولا يُتَصَوَّرُ ذلك في الآدميّ؛ لأنّه مجبولٌ على التَلَفُّتِ(١) إلى الأغراض، إمّا في جَلْب منفعةٍ، وإمّا في دفع مَضَرَّة، فلذلك كانت هِبَتُه محمولةً على القصد إلى البَدَلِيَّة(٢) فيها. وقد تكون على توقُّع البَدَل من الآدميّ في هبته من الله، فَاسْمُها صدَقَةٌ، وقد تكون على تَوَقُّع البَدَلِ العامّ على عادة العرب في إطلاقها، وفي مثله قال الله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ﴾ الآية[2].

وقد يُعْطَى الرَّجُلُ على المروءة، وذلك من الشّريعة، وجارٍ مَجْرَى الصَّدَقة. روى(٣) مسلم في «صحيحه»[3] عن النّبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ» وضرب له النّبيُّ ﷺ أمثلةً متعدِّدةً من الواجبِ والمندوبِ، بيانُها في «كتاب الجامع» إن شاء الله.

وقد تكون الهِبَةُ لِصِلَةِ الرَّحِم، وهي من المعروف المُؤَجَّل العِوَضِ. وقد تكونُ طلبًا لِمَحْضِ المودّةِ(٤) من الواهبِ في مال الموهوبِ. فأمّا مالكٌ فقضَى به[4]، وأمّا جمهورُ

---

(١) «التّلفت» ساقطة من: ف، وهي في: م، جـ: « محمول على التلف» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، جـ: «التولية» والمثبت من القبس.

(٣) م: «وروى».

(٤) في القبس: «العوض».

....

(1) انظره في القبس: 3/ 937 ـ 939.

(2) الروم: 39، وانظر أحكام القرآن: 3/ 1491.

(3) الحديث (1005) عن حُذَيْفَة بن اليمان.

(4) انظر المعونة: 3/ 1613.

الفقهاء منهم الحنفيّة والشّافعيّة[1] فحرّموه؛ لأنّها مُبَايَعَةٌ بثمنٍ مجهولٍ، قالوا: ويجب أن تُخَلَّصَ العقودُ بألفاظها لأحكامها، فإن عَرِيَت[١] الألفاظُ لم يَجُزْ إسقاطُ الشروط، وهِبَةُ الثّواب مجهولةُ العِوَضِ وذلك حرامٌ، مجهولُ[٢] الأمرِ، وذلك[٣] لا يجوزُ، مُعَقَّبَةٌ بالمنازعةِ، وتلك مزابنةٌ[٤] منهيٌّ عنها بالإجماع، محظورةٌ باتّفاقٍ.

تنزيل وتقريب:

قال علماؤنا: هذا كلُّه صحيحٌ، إلاّ أنّ كلَّ عَقْدٍ قد نَزَّلَهُ الشّرعُ منزلَتَهُ، وبيَّنَهُ[٥] بشروطِهِ، هذا كلُّه صحيحٌ، فالبيوعُ وأحكامُها على مَسَاقِهَا، والهِبَةُ على موضوعها.

وأمّا الأحاديث في الهِبَةِ فعزيزةٌ جدًّا، وهي ثلاثة، فالّذي عَوَّلَ عليه مالك حديث النُّعمان بن بَشِير أنّ أباهُ بَشِيرًا أتَى به النّبيَّ ﷺ فقال: «إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا...» الحديث إلى آخره.

ورَوَى أبو داود[2] زيادة: فقال له النّبيُّ ﷺ: «أَشْهِدْ عَلَيْهِ غَيْرِي».

ورُوِيَ: «إِنِّي لاَ أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ»[3].

وَرُوِيَ أنّه قال: «أَتُحِبُّ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءً؟» قال: نعم، قال: «فَسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي الْعَطِيَّةِ»[4]. هذا كلُّه في الصّحيح، زاد أبو داود[5]: «إِنَّ عَلَيْهِمْ مِنَ الْحَقِّ أَنْ يبرُّوكَ، وَعَلَيْكَ أَنْ تَعْدِلَ بَيْنَهُمْ».

---

(١) في القبس: «غُيِّرَتْ».
(٢) في القبس: «مجهولة».
(٣) في القبس: «وكذلك».
(٤) في النّسخ: «مرتبة» والمثبت من القبس.
(٥) في القبس: «وعينه».

....

(1) انظر الأم: 3/ 211 (ط. النجار).
(2) في سننه (3542 م).
(3) سبق تخريجه صفحة: 446 من هذا الجزء هامش رقم: 2.
(4) أخرجه ـ مع اختلاف في الألفاظ ـ مسلم (1623) برقم فرعي (17).
(5) في سننه (3542 م).

مفاقهة:

اختلف العلماءُ في جواز ذلك، أمّا مالك فجوّزه[1]، وبه قال أبو حنيفة[2] والشّافعيّ[3].

وقال أحمدُ: ذلك باطلٌ يجبُ فَسخُه؛ لأنّ النّبيّ ﷺ أَمَرَ بردِّه، وقال في الصّحيح: «لاَ أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ»[4] وقال: «أَتُحِبُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءً»[5] فعلَّلَ[١] بالعُقوق إلى ما يدخل بينهم بالشّحناء، وذلك يقتضي التّحريم، وردّه هو الصحيح في الحكم[٢].

فإن قيل: قد قال: «أَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي».

قلنا: هذا هو تأكيد التّحريم؛ لأنّ أمرًا لا يرضاهُ رسول الله ولا يَشْهَد به، مَنِ الّذي يَرضَاهُ أو يشهد به؟ وسائرُ ألفاظِ الحديثِ نصٌّ صريحٌ فلا يردّ بهذا المحتمل. وقد كان رسولُ الله ﷺ يقبلُ الهديّة ويُثِيبُ عليها. ورَوَى البخاريّ[6] أنه كان لا يردّ طيبًا لمحبَّتِه فيه.

مفاقهة أخرى:

ولمّا رأى النّاسُ أنّ عَقْد الهِبَة تَبَرُّعٌ[٣] مَحْضٌ، قالوا: إنّه لا يَلْزَمُ إلاّ بالقبضِ، وإليه صغَى أكثرُ الفقهاءِ، منهم الشّافعيُّ وأبو حَنيفةَ، وعَجَبًا لهم من أين نَزَعُوا[٤] لهذا الأصلِ[٥]، والهِبَةُ عَقْدٌ من العُقود، ومَبْنَى العُقود على اللُّزومِ، ومحلُّها القولُ،

---

(١) م، ف، ج: «فعدل» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، ج: «ورده في الصّحيح» والمثبت من القبس.

(٣) م: «برع»، ف: «تنزع»، القبس: «شرع».

(٤) م، ج: «فرعوا».

(٥) في القبس: «الفصل».

....

(1) انظر المعونة: 3/ 1607.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 137، والمبسوط: 12/ 48.

(3) انظر الأم: 4/ 62 (ط. النجار).

(4) سبق تخريجه صفحة: 446 من هذا الجزء.

(5) سبق تخريجه صفحة 449 من هذا الجزء.

(6) في صحيحه (2582) من حديث أنس.

منه[١] تكونُ، وبه تَلْزَمُ. وقد بيّن اللهُ ذلك في كتابه فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ الآية[1]، وما بقي بعد قولِ هذا: وهَبْتُ، وقول الآخر: قَبِلتُ، والكفالةُ عَقْدُ تبرُّعٍ[٢] باتّفاق، ويَلْزَمُ بالقولِ بإجماعٍ، فكيف غَفَلُوا عن هذا؟

فإن قيل: كذلك كنّا من قبلُ نقولُ كما ذكرتُم، لولا[٣] قولُ أبي بكر الصديق: «لَوْ كُنتِ حُزْتِيهِ لَكَانَ لَكِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ»[2] فبيّن أنّ الهِبَةَ إنّما تكونُ هِبَةً بالقبضِ، وأنّ انفرادَها عنه مُبْطِلٌ لها.

قلنا: كيف تعلّقتم بهذا في مثل هذا الأصلِ العظيمِ، وهو قولُ الواحدِ من الصّحابةِ[3].

الفصل الثاني[4]
فيما يجوز هبته للثّواب وما لا يجوز وما يكون عِوَضًا فيها

قال علماؤنا[5]: ما لا يجوز بيعُه فلا تجوز هبته للثّواب، كالآبق، والجمل الشّارد، والجنين في بَطْن أُمّه، وما لم يبد صلاحُه من ثمر أو حبٍّ، روى محمّد عن مالك ذلك.

ووجه ذلك: أنّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فلا يجوز عَقْده بالآبق كالبيع.

فرع:

وأمّا الدّنانير والدّراهم، فرَوَى محمّد[٤] عن ابن القاسم؛ أنّ ذلك لا يصلح أن يُوهَب للثّواب، فإنْ شرطَ ذلك في الهِبَة رُدَّتْ، وهو المشهور عن مالك.

---

(١) ج: «سنة»، ولعلها في ف: «بسببه».

(٢) ف، ج: «ينزع».

(٣) «لولا» زيادة من القبس.

(٤) ج: «عيسى».

....

(1) المائدة: 1.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2189) رواية يحيى.

(3) انظر بقية الجواب في القبس: 3/ 940 ـ 941.

(4) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 110.

(5) المقصود هاهنا هو الإمام الباجي.

وقال[1]: إذا كانت الهبة عينًا، فإنّما تكون قيمتها من العروض ثبتت في الذّمّة غير مؤجّلة ولا موصوفة، وذلك يمنع صِحّة البَيْع.

الفصل الثّالث[2]
فيمن تحمل هبته على الثّواب من غير شرط

فإنّه إذا شرطَ ذلك، فلا خلاف أنّ هِبَتَهُ محمولة على ذلك، اقتضَى ذلك الجواز أو المنع، وأمّا إن وَهَب من غير شرطٍ، ثمّ ادّعَى أنّه قَصَدَ الثّواب، فإن كان من غير جنس ما يوجب الثّواب[١] كالدّنانير، فقوله مردودٌ، رواه محمّد عن مالك وابن القاسم[٢] وأشهب. وقد روى[3] أنّه مَنْ وَهَب قمحًا أو شعيرًا ففيه الثّواب. وأمّا الّذي لا ثوابَ فيه مثل الفاكهة أو الرّطب يُهْدَى للقادم، قاله مالك. وإن قام يطلب ثوابًا، لم يعطه، قاله: أشهب وابن القاسم.

ووجه ذلك: أنّ الدّنانير لا غَرَضَ[٣] في أعيانها، وأمّا الفاكهة فلم تجر العادة بطلب الثّواب على ذلك، فحملت على العادة في الغالب. وقال ابن العطّار[٤]: وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من التّحف كالتّمر وشبهه.

فإن كان قد فات، فلا شيءَ له في الهِبَة ولا في العِوَضِ، وإن كان لم يفت، فرَوَى محمّد عن أشهب وابن القاسم[٥]: أن لا عِوَضَ له ولا له أخذه[٦] وإن لم يفت.

---

(١) في المنتقى: «ما لا يوهب للثواب».

(٢) في المنتقى: «وروى ابن القاسم».

(٣) م، ف، ج: «عوض» والمثبت من المنتقى.

(٤) م، ف، ج: «ابن القصار» والمثبت من المنتقى.

(٥) م، ج: «فروى محمد وأشهب عن ابن القاسم» وهي ساقطة من ف، والمثبت من المنتقى.

(٦) م: «ولا أجرة له».

....

(1) القائل هو محمد بن الموّاز.

(2) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 111 ـ 112.

(3) ابن الموّاز.

فرع[1]:

ومَن وَهَب هِبَة مُطلَقة فادَّعَى أنّه وهبها للثواب، حُمِلَ على العُرْف فيه، فإن كان مثل الواهب يطلب به الثّواب على هِبَتِه، فالقولُ قول الواهب مع يمينه، وإن كان مثله لا يطلب الثّواب على هِبَتِه، فالقولُ قول الموهوب له[١] مع يمينه.

فرع:

ولا ثواب لذي سلطان فيما يهبه[2].

فرع:

وما وهبه[٢] لذي رَحِم فليست على الثّواب، قال ابنُ القاسم في «المدوّنة»[3]: إلا أن يرى النّاس أنّه وهبه للثّواب.

الفصل الرّابع[4]
في مقتضاها من اللّزوم أو الجواز

فالّذي عليه المذهب[٣]، أنها لازمةٌ باللّفظ للواهب، فإن أَثَابَهُ[٤] المعطي قيمتها فلا سبيل له إليها، وسيأتي ذكره.

---

(١) «له» زيادة من المنتقى والتّفريع.

(٢) جـ: «وما وُهِبَ»، وفي المنتقى: «وأمّا هبة» وهي سديدة.

(٣) في المنتقى: «ظاهر المذهب».

(٤) جـ: «أتى به»، وفي المنتقى: «أخذ».

....

(1) هذا الفرع اقتبسه الباجي من التّفريع: 2/ 314 ـ 315.

(2) رواه محمد بن الموّاز عن أشهب: نصّ على ذلك الباجي.

(3) 4/ 228 في باب الهبة لغير الثواب.

(4) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 113.

فإن أراد منعه ـ على هذا القول ـ من قبضها(١)، فقد قال محمّد: ليس له منعه من قبضها ولا بيعها، والظّاهر من قول أشهب أنّها وإن كانت تلزم بالقول، إلاّ أنّ للواهب منعه من قبضها حتّى يثيبه.

فرع:

فإن فاتت الهبة، فقد لزمته بالقيمة، كنكاح التّفويض يلزم بالدُّخول فيه مَهر المثل، على تفصيلٍ طويلٍ.

الفصل الخامس(1)

فيما تفوتُ به وفي وجود(٢) العيب بها

فإنّه إن اطّلع على العيب قبل أن يثيبه وقبل أن تفوت، فإن علم الواهب بالعَيْبِ، فليس له إلاّ قيمتها معيبة؛ لأنّهما عالمان بالعيب، قاله محمد.

فرع:

فإن ظهر العيب بعد إثابته وقبل الفَوْتِ، فله ردّها والرّجوع في الثّواب أو إمساكها، ولا يرجع بشيءٍ بما أثاب به، وذلك كالبيع.

فرع:

ولو كانت قد فاتت بما لا يقدر على ردّها فأثابه(٣)، ثم ظهر على العَيْب *قبل أن يؤدّي(٤) القيمة أو قبل أن يثيب، لكانت عليه قيمتها معيبة*(٥).

---

(١) في المنتقى: «فإن زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها».

(٢) م، ف، ج: «وجوب» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «فأثابها» والمثبت من المنتقى.

(٤) كلمة يؤدي أثبتناها من النسخ الخطّيّة، وهي في المنتقى: «يوفي».

(٥) ما بين النجمتين أثبتناه من المنتقى، والوارد في النسخ الخطية: «. . . العيب قال يؤدي القيمة وعليه الاصحاب» وهو تصحيف ظاهر.

....

(1) هذا الفصل مقتبس من المنتقى: 6/ 113.

باب
الاعتصار في الصّدقة

الفقه في أربع مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قوله[2]: «مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ بِصَدَقَةٍ» وهذا على ما قال: إنّ من تصدَّق على ابنه الكبير أو الصّغير في حجْرِه، فليس له أن يعتصرها إذا قبضت وحيزت؛ لأنّ الصَّدقة لا اعتصار فيها؛ لأنّها على وجه القُربة، وما كان من العطيّة على وجه القُربة فلا اعتصار فيه. وقد تقدَّم أن العطايا المتقَرَّب بها تلزم بالعَقْدِ، وإنّما قال[3]: «قَبَضَهَا الابْنُ أَوْ كَانَ فِي حَجْرِ أَبِيهِ فَأَشْهَدَ لَهُ» ليذكر[(١)] أقوى وجوهها في حيازة الكبير لنفسه، ثمّ ذكر أصعب وجوهها وهو أن يتصدَّق على ابنه في حَجْرِهِ فيقتصر على الإشهاد له، ولم يذكر الحيازة له، فلا اعتصار له في أحد الوجهين، لما احتجّ به من أنّه لا يرجع بشيءٍ من الصَّدقة، ومعنى ذلك ما يأتي بعدها أنّه لا يجوز أن يشتري صدقته ولا يأخذها[(٢)] بِعِوَض[4].

المسألة الثانية[5]:

قوله[6]: «الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا» يريد المدينة وعلماءَها.

وقوله[7]: «مَا لَمْ يَسْتَحْدِثِ الابْنُ دَيْنًا» خصَّ الولد بذلك لأنّ الظّاهر من المذهب أنّه يعتصر الأبوان على[(٣)] الابن والابنة صغارًا كانوا أو كبارًا، فأمّا الجدّ والجدّة فاختلف

---

(١) م، ف، ج: «ليكون» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «ويأخذها».

(٣) في المنتقى: «لا يعتصر إلاّ الأبوين من».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 116.

(2) أي قول مالك في الموطأ (2197) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2950).

(3) أي مالك في المصدر السابق.

(4) تتمة العبارة كما في المنتقى: «فبأن لا يكون له أن يأخذها بغير عِوَض أَوْلَى»، وانظر المقنع في علم الشروط لابن مغيث: 332.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 117.

(6) أي قول مالك في الموطأ (2198) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2951).

(7) أي قول مالك في المصدر السابق.

قول مالكٍ فيهما، فرَوَى ابن وهب عنه: لا يعتصر[١] ولا تلزمه النَّفَقَة، ويرث معه الإخوة، ولا يكون بيده بضع بنات الابن. ورَوَى عنه أشهب أنَّهُما يعتصران[1]، وبه قال ابن عبد الحَكَم.

ووجه الأول ـ وهو المشهور في المذهب ـ: أنَّ الجدّ لا تلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالعمّ[٢].

المسألة الثالثة[2]:

إذا ثبت ذلك[3]، فإنّ الأمّ لا تعتصر[٣] من يتيم، قاله محمّد؛ لأنّ الهِبَةَ له صَدَقَة فلا تعتصر، وإن احتاج الواهب جَدًّا كان أو أُمًّا أو غير ذلك.

ووجه ذلك: أنّ ظاهر الهِبَة له[4] الإشفاق عليه، وهذا معنى[٤] القُربة، فلذلك كان حكمها حكم الصَّدقة.

ورَوَى ابنُ القاسم عن مالك[5] أنّه قال: للأب أن يعتصر وإن لم يكن للولد أمّ، وليس للأمّ أن تعتصر إذا لم يكن للولد أب؛ لأنّ اليتيم من قِبَلِ الأب، وهو قول جمهور أصحاب مالك.

ورَوَى محمد عن أشهب؛ أن اليتيم إذا كان غنيًا، فللأمّ أن تعتصر إذا لم يكن له أب[٥]، فتعتصر منه كما تعتصر من الكبير، قال مالك: وللأم من الاعتصار ما للأب.

ووجه ذلك: أنّها أحد الأبوين، فجاز أن تعتصر. فإذا كان ذلك، وقلنا: لا تعتصر من اليتيم، فوهبت ابنها الصّغير في حياة أبيه ثمّ مات الأب وهو صغير، لم يجز لها أن

---

(١) م، ف، ج: «الاعتصار» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «كالأب» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «فإن الأم تعتصر ولا تعتصر» ولعل حذف «تعتصر» أصح.

(٤) م، ج: «يمنع».

(٥) «إذا لم يكن له أب» ليست في المنتقى.

....

(1) ووجه هذا القول: أنّه أدنى بالأبوّة، ويقدّم في الميراث على الأخوة كالأب.

(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 117.

(3) أي أنّ الأم تعتصر.

(4) أي لليتيم.

(5) في المدونة: 15/ 137 (ط. صادر) في اعتصار ذوي القُرْبَى.

تعتصر وإن كبر. ولو كبر قبل أن يموت أبوه فمات، كان لها أن تعتصر؛ لأنّ الموهوب له(١) قد انقطع عنه الاعتصار، بل بقي حكمُه ثابتًا عليه.

المسألة الرّابعة[1]:

ويمنع(٢) الاعتصار مرض المعطي، وروى ابن القاسم عن مالك[2] أنه يمنع الاعتصار، ورواه ابنُ حبيب عن مالك أنه قال: لا يعتصر مريض ولا يعتصر منه. فأمّا المريض فلا يعتصر؛ لأنّه يعتصر لغيره من الورثة وليسوا بآباء(٣)؛ لأنه لا يعتصر إلاّ الأب. ولا يعتصر[3] منه؛ لأنّه حق الورثة قد تعلّق بماله، كما لو تعلّق حقّ الغرماء بماله لامتنع(٤) الاعتصار.

القضاء في العُمْرَى

الإسناد:

قال الإمام: الأحاديث في العُمْرَى صِحَاحٌ، وصحّح أبو عيسى[4] حديث جابر هذا وحَسَّنَهُ[5]، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ الأَنْصَارِيّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللّهِ ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ. فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لاَ تَرْجِع لِلَّذِي أَعْطَاهَا لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»[6].

---

(١) في المنتقى: «لأن الصّغير».

(٢) م، ف، ج: «قوله ويمنع» وقد حذفنا كلمة «قوله» ليستقيم الكلام.

(٣) م، ف، ج: «وليس باب» والمثبت من المنتقى.

(٤) م، ف، ج: «امتنع» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 118.

(2) في المنتقى: «وروى عيسى عن ابن القاسم».

(3) أي المريض.

(4) في جامعه الكبير (1350).

(5) فقال: «هذا حديث حسنٌ صحيحٌ».

(6) أخرجه مالك في الموطأ (2200) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2953)، وسويد (296)، وابن القاسم (21)، ومحمد بن الحسن (811)، والقعنبي عند الجوهري (150)، =

تنبيه في الإسناد:

قال الإمام: زاد مالك: «أَبَدًا» وانفرد به يحيى بقوله «أَبَدًا» ولم يروه عن مالك غيره[1].

الغريب(١):

العُمْرَى: هي(٢) فُعْلَى من العُمر، والمعنى: اعتمرتك، أو أعمرتك، أي جعلتها لك عمرى.

وقال أبو عُبَيْد[2]: وهو مأخوذ من العمر، ألا تراه يقول: هو لك عمرى.

فمعنى[3] العُمْرَى: هِبَةُ منافع الملك مدّة عمر الموهوب له، أو مدّة عمره وعمر عقبه، فسمِّيَت عُمْرَى لتعلّقها بالعمر، وإنّما يتناول الأعمار هبة المنافع لا الرّقبة، وقد قال ﷺ: «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ»[4] يريد: أن ما أعطى من المنافع يكون له ولِعَقِبِهِ، ولا تبطل لِعَقِبِه(٣) بموته، ولا ترجع إلى الّذي أعطاها؛ لأنه أعطى عطاءً تقع فيه المواريث، وهذا كلّه راجعٌ إلى المنافع دون الرّقبة، وفي هذا الباب ثمانية أبواب: الأول: في معنى العُمْرَى وألفاظها ومعنى الحَبْس والصَّدقة. والثّاني: فيمن يصحُّ منه الحبس(٤)

---

(١) م: «العربية».

(٢) م: «هو».

(٣) م، جـ: «العقب».

(٤) في المنتقى: «التّحبيس».

= والشافعي في الأمّ: 4/ 63 (ط. النجار)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1625)، وبشر بن عمر عند أبي داود (6552)، ومعن عند الترمذي (1350)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 4/ 93.

(1) يقول القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 191 «قال أشهب: قال مالك: وليس على حديث جابر بن عبد الله في العمرى العمل، ولوددتُ أنه مُحِيَ من الموطأ. قال أبو المطرف[القنازعي]: وسألت أبا محمد [ابن أبي زيد] عن هذا الحديث، فقال لي: هو حديث صحيح، ومعناه قائم؛ وذلك أن من أعمر رجلاً عُمرًا له ولعقبه، فامتدّ العقب، فإنها لا ترجع إلى المعمر ولا إلى ورثته مادام أحدٌ من عقب المعمر حَيًّا. فإذا انقرض عقبه رجعت العمرى للمعمر الذي كان أعمرها إن كان حيا، أو إلى ورثته إن كان ميتا. وإنما تجري هذه الأشياء على شروط أصحابها».

(2) في غريب الحديث: 2/ 77.

(3) هذه الفقرة مقتبسة من المنتقى: 6/ 119، وانظر المقنع لابن مغيث: 334.

(4) أخرجه مسلم (1625) من حديث جابر.

ومن يصحّ عليه وبماذا يصحّ تحبيسه. والثّالث: في دخول العَقِب مع المعطَى بعده. والرّابع: في معنى العَقِب والذُّريّة والبنين والمَوْلَى. والخامس: في قسمة منافع العُمْرَى. والسّادس: في استحقاق القسم منها[١] بالولادة وانتقاله بالموت. والسّابع: فيما يجوز من بيع العُمْرَى والحبس. والثّامن: إلى من[٢] تعود بعد انقراض المعمّر والمحبّس عليه.

الباب الأوّل[1]

أمّا ألفاظها، فقد تقدَّم أنموذج[٣] منها، ونحن نبيِّنُ باقِيهَا، ونذكرُ ما يقرب منها وما يخالفُها، وذلك أنّه إذا كان معناها هِبَة المنافع، فكلُّ ما كان من الألفاظ يقتضي ذلك المعنى، فإنّ حكمه في ذلك حكم العُمْرَى وإن اختلفت[٤] في بعض الأحكام، من ذلك أن يقول: أَسْكَنتُك هذه الدّار عمرى[٥]، أو أسكنتُك هذه الدّار عمرك، أو وهبتُك سكناها عمرك، ففي «**المُدَوَّنة**[٦]»[2] عن ابن القاسم فيمن قال: أسكنتك هذه الدار وعقبك، فمات السّاكن وعقبه، رجعت إلى صاحبها. وكذلك لو قال: هذه الدّار لك ولعقبك سُكْنَى، أو قال: هي لك صَدَقة سكنى فليس له إلاّ سكناها صدقة دون الرّقبة[3]، قال محمّد: إنّما ذلك في حياته.

وإذا قال: هذه الدّار حَبْسٌ على فلان ولم يَزِد، فقال عبد الملك في «**المجموعة**»: إنّها عُمْرَى، وقال في «**الموّازية**»: هي حَبْسٌ. ورَوَى ابنُ وَهْبٍ عن مالك في الحبس

---

(١) في المنتقى: «فيها».
(٢) م، ف، ج: «ما» والمثبت من المنتقى.
(٣) ف: «أنموذجا».
(٤) م، ف، ج: «اختلفا» والمثبت من المنتقى.
(٥) م، ف، ج: «وعقبك» والمثبت من المنتقى.
(٦) م، ف، ج: «الموازية» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الباب بتوجيهه وفرعه وانفصاله ومسألته مقتبس من المنتقى: 6/ 120 ـ 121.
(2) 15/ 92 (ط. صادر) في الرجل يقول داري صدقة سكنى.
(3) هذا القول الأخير هو في «المجموعة» و«الموازية» عن ابن القاسم وأشهب، نصّ على ذلك الباجي رحمه الله تعالى.

على المعنيين أنّهما[١] بمعنى العُمْرَى. وقد اختلف فيها قول ابن القاسم[1].

توجيه:

وجه الأوّل: أنّ التّحبيس إنّما يقتضي هِبَة المنافع، فإذا قال: على فلان، اقتضى ذلك اختصاصها به دون غيره[٢]، وذلك يقتضي أنّه إنّما وَهَبَهُ المنافع، وذلك معنى العُمْرَى.

وجه الثّاني: أنّ لفظ التّحبيس يقتضي المنع من رجوع المنافع إليه؛ لأنّ معنى التّحبيس أن تكون[2] محبوسة في[٣] وجوهٍ نصّ عليها. فإذا حَبَّسَها على فلان انصرفت إليه مدّة العمر، فإذا انقضَى عُمره لم ترجع إلى المُحَبِّس؛ لأنّ معنَى الحَبْس يمنع ذلك.

فإن كان المُحَبِّسُ حيًّا، ففي «الموّازية» عن مالك: *يُسْأَل عمّا أراد من عُمرى أو حبس، فيحمل على ذلك ويُقبل قولُه فيه. فإن مات قبل أن يُسْأَل*[٤] فإنه[3] اختار أن يكون[٥] ميراثًا لورثته، ويجب[٦] أن يجري في ذلك الخلاف المتقدّم، وإنّما قُبِلَ قولُه[٧] لأنّه احتمل الوجهين جميعًا.

فرع:

ومن قال: داري حَبْسٌ لا تُباع ولا تُوهَب ما عاش المُحَبَّس عليهم، ففي «الموّازية» عن مالك: أنّه حَبْسٌ مُؤَبَّدٌ.

ووجه ذلك: أنّ قوله: لا تُباع ولا توهب ما عاش، تصريحٌ بالتّأبيد وإن كان قد

(١) في المنتقى: «لهما».
(٢) في المنتقى: «اختصاص الهبة دون غيرها».
(٣) ج: «من»، وفي المنتقى: «على» وهي سديدة.
(٤) ما بين النجمتين ساقط من الأصول، واستدركناه من المنتقى.
(٥) في المنتقى: «يعود» وهي أسدّ.
(٦) في المنتقى: «ويجوز».
(٧) م، ف، ج: «وإنما قال ذلك» والمثبت من المنتقى.

....

(1) قوله: وقد اختلف فيها... الخ، هو من قول محمد في الموازية، نصّ على ذلك الباجي.
(2) المنافع.
(3) أي ابن الموّاز.

علقه بمدّة؛ لأنّ العُمْرَى تُباع وتوقّف في مدّة التّعمير، فلما شرط نفي البَيْع والهِبَة اقتضى ذلك التّحبيس المُؤَبّد. وقد قال عبدُ الوهّاب[1]: «اختلف أصحابنا في تخريج(١) ذلك[2]، فمنهم من قال: إنّها على روايتين، كقولك: حبس فقط. ومنهم من قال[3]: إنّها ترجعُ حَبْسًا».

ولو قال: داري(٢) حَبْسٌ على فلان وولده، فإن كان ولده معيّنين جاز ذلك.

انفصال:

وأمّا لفظ التّوقيف، فقد قال عبد الوهّاب[4]: «لفظ التّوقيف صريحٌ في تأبيد الحَبْسِ، فلا يرجع ملكًا أبدًا؛ لأنّ مفهوم هذه اللّفظة في العُرْفِ التّبتيل(٣) على وجه التّأبيد، وتمليك المنافع على الدّوام».

وأمّا لفظ الصّدقة، فإن أراد به تمليك الرّقبة فهو على ما أراد كالهبة، وإن أراد به معنى التّحبيس، فإن كان على معيّن ولم يقترن به ما يقتضي التّأبيد، ففيه روايتان على ما تقدّم في الحَبْسِ، لزم فيه التّأبيد، قاله كلّه عبد الوهّاب في «معونته»[5].

مسألة:

فإذا ثبت ذلك، فالحبسُ وما في معناه بأيّ لفظ كان يقتضي الملك، وتبقَى الرّقبة على ملك المُحَبّس.

وللشّافعيّ فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: مثل هذا.

---

(١) ج: «تحريم» وهو تصحيف، وفي المنتقى: «مخرج».

(٢) «داري» زيادة من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «التبتل»، وفي المعونة: «السّبيل».

....

(1) في المعونة: 3/ 1598.

(2) أي تخريج قول الإمام مالك.

(3) وهؤلاء يقولون: إنّها على رواية واحدة.

(4) في المعونة: 3/ 1595.

(5) 3/ 1596 ـ 1598.

والثّاني: ينتقل إلى ملك المُحَبّس[١].

والثّالث: لا ينتقل[٢].

ودليلنا: أنّه بدل المنافع فلا تخرج بذلك الرّقبة عن ملك الباذل كالعارية.

وأيضًا: فإن ما لا يجوز عتقه لا يجوز أن يزول الملك عن رقبته، ويبقى الملك على منافعه، كالحيوان والعُروض.

الباب الثّاني[1]

فيمن يصحُّ التّحبيس منه ومن يصحّ عليه وما[٣] يصحّ تحبيسه

فإنّه في الأصل جائزٌ يلزم في الحياة والمَمَاتِ، لا يفتقرُ إلى حُكْم حاكم. والمشهورُ عن أبي حنيفة[2] أنّه لا يجوز ولا يلزم، وأصحابه المتأخّرون يحكون عنه أنّه جائزٌ، ولكن لا يلزم إلاّ بأحد أمرين: إمّا بِحُكْم حاكم، أو يُوصِي في مرضه أن يوقَف بعد موته، فيصحُّ ويكون من ثُلُثِهِ كالوصيّة، إلاّ أن يكونَ مسجدًا أو سقايةً فإنّ ذلك يلزم ولا يفتقر إلى حُكْم حاكم.

وهذه المسألَة الّتي تكلّم فيها أبو يوسف ومالك ـ رحمة الله عليهما ـ في مجلس الرّشيد، فظهر عليه مالك، وقال له: هذه أوقاف رسول الله ﷺ ينقلُها أهل المدينة خَلَفهم عن سَلَفهم، يشير إلى الخبر المتواتر، فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهب أبي حنيفة. وهذا فعلُ أهل الدّين في الرّجوع إلى الحقّ إذا تبيّن، ورأى أصحابُه المتأخّرون الاعتذار لقوله القديم بما قدّمناه.

ودليلنا: قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ الآية[3].

---

(١) في المنتقى: «ينتقل إلى الموقوف عليهم».

(٢) في المنتقى: «والثّالث: ينتقل إلى الباري تعالى».

(٣) م، ف، جـ: «ومن» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الباب بمسألته وفرعيه مقتبس من المنتقى: 6/ 122 ـ 123.

(2) انظر مختصر الطحاوي: 136.

(3) المائدة: 1.

ومن جهة السنّة: ما روي عن ابن عمر أنّه أصاب بخيبر(١) أرضًا فأتى النّبيّ ﷺ، فقال: إنّي أَصَبْتُ أَرْضًا لَمْ أصب مَالاً قَطُّ أَنْفَس مِنْهُ... الحديث[1].

ومن جهة المعنى: أنّه تحبيس عَقَارٍ على وجه القُرْبَة، فلم يَفْتَقِر إلى وصيَّة ولا حُكْمٍ، كالمسجد والمقبرة.

مسألة:

إذا ثبت ذلك، فإنّ تحبيس الرّباع وإعمارها قولٌ واحدٌ وهو الجواز، وأمّا الحيوان والسّلاح والعُروض، ففي «الموّازية» عن مالك؛ أنّه كره الحَبْس في الحيوان. وقد قال ابنُ القاسم في «المجموعة»: من أعمر داره أو دابّته أو عبيده(٢) في حياته، جاز(٣) ويرجع بعد موته إلى ورثته.

وقال[2] في «العُتبية»[3]: لم أسمع عن مالك في تحبيس الثّياب شيئًا، ولا بأس به.

وقال أشهب: ذلك جائز.

فإذا قلنا بالجواز، لزم لموافقة الشّرع مع كونه من(٤) العُقود اللازمة. فإن قلنا بكراهية ذلك، ففيه روايتان: إِحداهما الجواز. والثّانية اللُّزوم.

وقال عبد الوهّاب[4]: «من أصحابنا من يقول في الخيل قولاً واحدًا(٥)، وإنّما الخلاف في غيرها».

[5]ومن حبس على نفسه وغيره صحّ حبسه ودخل معهم، وإنّما يردُّ ما حبّس على نفسه خاصّة.

---

(١) م: «بحُنَيْن».

(٢) م: «أو جنانه».

(٣) «جاز» زيادة من المنتقى.

(٤) م، ف، ج: «مع» والمثبت من المنتقى.

(٥) في المعونة: «من يقول: إن حبس الخيل جائز».

....

(1) أخرجه البخاري (2737)، ومسلم (1632).

(2) القائل هو ابن القاسم.

(3) لم نعثر على قول ابن القاسم في العتبية.

(4) في المعونة: 3/ 1593.

(5) الكلام التالي هو لأبي إسحاق بن شعبان، نصّ على ذلك الباجي.

فرع غريب:

ولو حبَّسَ ذِمِّيٌّ دارًا على مسجدٍ، ففي «العُتْبِيَة» من رواية ابنِ القاسِم عن مالك، ورواه[١] معن بن عيسى عنه في نصرانيّة بعثت بدينارٍ إلى الكعبة، قال: يردُّ إليها.

ووجه ذلك: أنّ هذه الجهات إنّما يجب أن تخصّ بأفضل الأموال وأطيبها.

فرع آخر:

ولو حبَّسَ مسلمٌ على كنيسةٍ مالاً، فالأظهر عندنا أن يردَّ؛ لأنه صَرَفَ صدقتَهُ إلى وجهِ معصيةٍ، كما لو صرفها إلى شرب الخمر.

الباب الثّالث[1]

فالأصل والقاعدةُ فيه، قولُه ﷺ: «لَهُ وَلِعَقِبِهِ» وذلك أنّ إعطاءَ المنافع في العُمْرَى والحَبْسِ لا يخلو أن يكون لغير مُعَيَّنَيْن، أو لمُعَيَّنَيْن وغير معيّنين، وذلك كمن[٢] قال: أعمرتُ هذه الدّار على ولدي فلان وعَقِبَه[٣]، فإنّه يرث الأقرب. وإذا قال: على ولد ولدي، أو قال: على ولدي وولد ولدي، فإذا أرجع فإذا قلنا: يرث[٤] الأقرب في قوله: ولدي، بأن يرثها[٥] الأقرب، في كلام لهم طويل إن شاء الله.

الباب الرّابع[2]
في معنى العقب

قال مالك[3]: العقب: الولد ذكرًا كان أو أُنثَى، وليس ولد البناتِ عقبًا ذكرًا كان أو أُنثَى. وقاله عبد الملك.

---

(١) م، ف، ج: «رواه» وزيادة الواو من المنتقى.
(٢) م، ف، ج: «كما» ولعلّ الصّواب ما أثبتناه.
(٣) في المنتقى: «ولد فلان أو عقبه».
(٤) كذا، والعبارة قلقة.
(٥) في المنتقى: «يؤثر ههنا».

....

(1) هذا الباب مقتبس من المنتقى: 6/ 123 باختصار.
(2) هذا الباب بمسألتيه وفرعه مقتبس من المنتقى: 6/ 124 ـ 125.
(3) في رواية ابن القاسم عنه في «المجموعة» نصّ على ذلك الباجي.

وقال ابنُ حبيب: ويجمع ذلك أنّ كلّ ذكرٍ أو أُنثَى حالت دونه أنثَى فليس بعَقِبٍ، وقاله[١] ابنُ شِهَاب.

وأصلُ ذلك عندي: أنّ عَقِبَ الرَّجُل مَن ينتسب إليه، وولد البنات لا ينتسبون إليه، ولذلك لا يقال لعبد الله بن عبّاس الهاشميّ: عبد الله بن الحارث الهِلالي، وإن كانت أمّه لبابة بنت الحارث الهلاليّة.

مسألة:

وأمّا الولد، فإنّه اسمٌ يتناول الولد وولد الولد، الذّكور ذكورهم والإناث[٢] إناثهم، وقد قال مالك في «**المجموعة**»: من حبَّس على ولده وولد ولده، لم يدخل فيه ولد البنات؛ لأنّهم لم يدخلوا في آية المواريث. قال عبد الملك: فلذلك لا يدخلون في صدقة الجدّ في أمّهم[٣] بهذا الاسم. قال عبد الملك: والصّدقة على الولد والعَقِبِ سواءٌ.

واحتج أشهب بقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ الآية[1]، وقال: ولا خلاف أنّ ولَدَ الوَلَدِ كالولدِ في ردّ الأمّ إلى السُّدس، ولا تأثير في ذلك لولد البنات. قال ابن العطّار[٤]: هذا قول مالك[2].

قال مالك: ومن تصدّق على بَنِيهِ وبني بَنِيه، فإنّ بناته وبنات بنيه[٥] يدخلون في ذلك.

---

(١) م، ف، ج: «وقال» والمثبت من المنتقى.

(٢) «الإناث» زيادة من المنتقى يلتئم بها الكلام.

(٣) م، ف، ج: «صدقة أبيهم» والمثبت من المنتقى.

(٤) م، ف، ج: «ابن القصار» والمثبت من المنتقى.

(٥) م، ف، ج: «بناته» والمثبت من المنتقى.

....

(1) النساء: 11.

(2) تتمّة الكلام كما في المنتقى: «وكانت الفتوى عندنا - يريد بقرطبة - أنّ ولد البنات يدخلون في ذلك، وقضى به محمد بن إسحاق بن السليم، وبه يفتي أكثر من كان في زمانه. قال [ابن العطّار]: وكذلك الأعقاب يدخل فيه ولد البنات إلاّ في قوله: بني وبني بني، وولدي وولد ولدي أبين».

واخْتُلِفَ في الأخوال والخالات، والاختيار[١] أن يدخلوا، وهذه المعاني إنّما وردت على سبيل المجاز، ومقتضي[٢] مذهب[٣] مالك اعتبار حقائقها وعرف[٤] استعمالها[٥] الغالب على حقائقها.

مسألة:

وأمّا القرابة، ففي «الموّازية» و«المجموعة»[1] فيمن أوصَى بمالٍ لأقاربه؛ أنّه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد. قال مالك في «العُتْبِيّة»: ولا يدخل في ذلك ولد البنات ولا ولد الخالات.

ورَوَى ابن عبدوس عن ابن كنانة؛ أنّه يدخل فيه الأعمام والعمّات، والأخوال والخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت.

فرع:

وأمّا المَوَالِي، فقد قال مالك فيمن حبَّسَ على مَوَالِيه: إنّ موالي مَوَالِيهِ يدخلون معهم، وكذلك موالي أبيه وموالي ابنه.

ولو حبّسَ على قومه أو قوم فلان، فقد قال ابن شعبان: ذلك على الرّجال خاصّة من العُصْبَة دون النّساء. واحتج بقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَسۡخَرۡ قَوۡمٞ مِّن قَوۡمٍ﴾ الآية[2]، ففرّق بين القوم والنّساء.

الباب الخامس[3]

في قسمة منافع العُمْرَى والحَبْس

فأمّا العُمْرَى وما في معناها من الحَبْس، فإذا كانت على مُعَيَّنَيْنِ فإنّهم فيه سواء،

---

(١) في المنتقى: «والاختان».
(٢) م، ج: «ويقتضي».
(٣) ج: «قول».
(٤) في المنتقى: «أو عرف».
(٥) م: «اسمائها»، ف: «اشتمالها»، ج: «اسمالها»، والمثبت من المنتقى.

....

(1) عن الإمام مالك.
(2) الحجرات: 11.
(3) هذا الباب بمسائله مقتبس من المنتقى: 6/ 125 ـ 126.

وقد قال في «**المجموعة**»: أمّا ما[١] حُبِّسَ على قومٍ بأعيانهم دارًا أو زرعًا أو ثمرًا، فذلك بينهم سواء، للذكر مثل ما للأنثى[٢].

وقال ابن القاسم في «**الموّازية**»: من حَبَّسَ على مُعَيَّنَيْنِ دون تعقيب، فإنّ حقّ الغائب منهم ثابتٌ في السُّكْنَى، وحاضرهم وغائبهم في ذلك سواء. قال محمّد: وفقيرهم وغنيّهم في ذلك سواءٌ.

وأمّا العُمْرَى والحَبْس على غير مُعَيَّنَيْنِ، ففي «**المجموعة**» عن مالك: أنّ من حَبَّسَ على قومٍ وأعقابهم، فإنّه يفضل أهل الحاجة والمؤنة والعيال والزّمانة بقَدْرِ ما يراه من ولي ذلك.

ورَوَى محمّد عن عبد الملك: لا يفضل ذو الحاجة على الغنيّ في الحَبْس إلاّ أن يشترطَ في الحَبْسِ[٣].

ووجه الأوّل: أنّ معنَى الحَبْس القُرْبَة، وإيثار ذوي الحاجة يقتضي القربة[٤].

مسألة:

فأمّا الفقير، فهو الّذي له كفاية وربّما ضاقت به الحال بكثرة عياله. وأمّا ولد الغنيّ لا مال له، فهو فقيرٌ، وإذا بلغ صحيحًا لم يلزم الأب الإنفاق عليه فهو من الفقراء.

وإذا تساوى[1] في الفقر والغِنَى، أُوثِرَ الأقرب، ويعطى الفضل من يليه. وإن كان الأَبْعَد[2] غنيًا أُوثِرَ الفقيرُ الأَبْعَد[٥]، ذكره ابن عبدوس في «**المجموعة**».

والذَّكَر والأنثى في الحبس سواء، وهو قول مالك[3] إلا أن يكون بشرطٍ[4].

---

(١) م، ف، ج: «من» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «للذكر مثل حظّ الأنثيين».

(٣) في المنتقى: «إلاّ بشرط من المحبّس».

(٤) «يقتضي القربة» زيادة من المنتقى يستقيم معها الكلام.

(٥) م، ف، ج: «الأقرب» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أهل الحبس.

(2) ووجه ذلك: أنّه لمّا قصد المُحَبِّسُ بالحَبْسِ قرابته، كان للقريب تأثير في الإيثار، إلاّ أنّ تأثير ذوي الفقر والحاجة أكثر؛ لأنّه مقصود الصدَقات والأحباس.

(3) زاد الباجي: «وأصحابه»، وقول مالك هذا حكاه عنه ابن حبيب، نصّ على ذلك الباجي.

(4) ووجه هذا القول: أنّ لفظ التّشريك يقتضي التّسوية، ولذلك قال الله تعالى في الإخوة للأمّ: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ وسَوّى بين ذكورهم وإناثهم في ذلك الثّلث.

مسألة:

وإذا قسم الحَبْس بين أهله من غَلَّةٍ أو سُكْنَى، فليس على كثرة العدد وليبدأ بأهل الحاجة.

مسألة:

وأمّا الكراء والغَلّةُ، فإنّ حقّ منِ انتجع أو غاب لا يسقط، وإنّما يسقط[١] حقّه من السُّكْنَى إذا لم يكن فيه فضل، قاله ابن القاسم.

الباب السّادس[1]
في استحقاق القسم منها بالولادة وانتقاله بالموت

فإنّ انتقاله يكون على ضربين: إلى المحبّس أو المعمر عليهم، وإلى غيرهم[٢].

فأما الانتقال إلى المحبَّس أو المعمر، فلا يخلو أن يكون ذلك بلفظ الإشاعة أو الإبهام. فإن كان بلفظ الإشاعة، فقد رَوَى محمّد عن مالك وابن القاسم وأَشْهَب وابن وَهب فيمن حبّسَ دارًا على قومٍ فمات بعضهم؛ فإنّ ما كان للميِّت من ذلك يرجع إلى بقيَّةِ أصحابه حتى ينقرضوا، وذلك في الأحباس كلّها من غَلَّةٍ أو مسكن، كان مرجع الحَبْس إلى صاحب الأصل أو غيره، أو إلى النّسل[٣].

وروى ابن حبيب عن مُطَرِّف عن مالك؛ أنَّ ما لا يُقسم من عبدٍ أو أصل أو دارٍ فنصيب الميِّت يرجع إلى أصحابه، ونحوه روى ابن وهب عن مالك[٤]. قال سحنون: وكذلك روى عنه جميع الرّواة[٥].

---

(١) «وإنّما يسقط» ساقطة من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «أو المعمر أو إلى من حبس عليهم» والمثبت من المنتقى.

(٣) ف: «النساء»، وفي المنتقى: «السبيل».

(٤) «روى ابن وهب عن مالك» زيادة من المنتقى يقتضيها السياق.

(٥) «وكذلك روى عنه جميع الرّواة» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذا الباب مقتبس من المنتقى: 6/ 127.

الباب السابع[1]
في بيع العُمرَى والحَبس

فأصل ذلك: أنّ عقد العُمْرَى والحَبْس عَقْدٌ لازم؛ لأنّه هِبَة للمنافع، وهِبَةُ الأعيان والحَبْس على ضربين:

أحدهما: على غير موجود عند التّحبيس.

والثّاني: على موجود.

فأمّا إن كان على موجودٍ، مثل أن يعمر زيدًا أو يعمره[١] وعَقِبَه، ومَنْ أعمره أو حبّس عليه موجود عند العُمْرَى، فقد امتنع البَيْع بنفس العَقْدِ. فإن كان جميعُهُم غير موجودين، مثل أن يحبّس على ولده ولا وَلَدَ له: ففي «**المجموعة**» و«**الموّازية**» عن مالك فيمن حبّس على ولده ثمّ في سبيل الله، فله أن يبيع ما لم يولد له، فإذا وُلِدَ له فلا يجوز له البيع.

وقال ابنُ القاسم: ليس له أن يرجع حتّى يُؤَيّس من الولد، ولو أجزتُ له هذا، لأجزتُ له أن يبيع إذا كان له ولد ثمّ ماتوا ولم ينتظر أن يُولَد له غيرهم[2].

وقال ابن الماجشون: هي حَبْسٌ[3].

ووجه قول مالك: أنّ الحَبْس لم يتعلّق به حقّ أحد[٢] فيلزم بسببه[٣]، فإذا وُلِدَ له فقد تعلّق حقّ المولود به، فلم يجز له بيعه.

---

(١) م، ف، ج: «أو لغيره» والمثبت من المنتقى.

(٢) ف: «به أحد»، وفي المنتقى: «به قبول أحد».

(٣) ج، المنتقى: «سببه».

....

(1) هذا الباب مقتبس من المنتقى: 6/ 129 ـ 130.

(2) ووجه قول ابن القاسم: أن الحَبْسَ متوجّهٌ إلى من يصحّ وجوده ويتوقّع لزوم حقّه، وعلى ذلك عقد الحَبْس فليس له نقضه ما لم يُؤَيّس من وجود المُحَبَّس عليه؛ لأنّ ذلك يخرج الحَبْس عن حكمه في اللّزوم، فإذا يئس منه علم أن الحبس لم ينفد بصرفه إلى من قد ظهر أنّه لا يوجد ولا يثبت له حق.

(3) ووجه قوله: أن عَقْد الحَبْس عَقْدٌ يلزم وإن لم يذكر من حبّس عليه، فلو قال: حائطي حبس، لزم، وأكثر ما في قوله: حائطي حَبْسٌ على ولدي، ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر المحبّس عليه، وذلك لازم ويوجب تصرّفه إلى من قرّرت الشريعة ردّها إليه.

مسألة:

ومن بنَى مسجدًا بقريةٍ، ثمّ صلّى فيه، ثمّ باعه أو تصدّق به، على من هَدَمَهُ وبنَاهُ دارًا فليفسخ ذلك ويردّ إلى ما كان عليه من الحَبْسِ؛ لأنّ المسجد لله لا يباع ولا يغيّر، قاله مُطَرِّف، ومعنى ذلك: أنّ المسجدَ من جملةِ الأحباسِ اللازمة، بل هو من أَوْكَدِها؛ لأنها خالصة لله ومضافة إليه، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَـٰجِدَ ٱللَّهِ﴾ الآية[1].

وأمّا قول مُطَرِّف[١]: «من بنى مسجدًا» يريد على الصُّورة المختصّة بالمساجد.

«ثُمّ بَنَاهُ دَارًا» يريدُ نقله إلى صورة الدُّور.

وقوله: «ثمّ يردُّ إلى ما كان عليه» يقتضي عندي أن للمسجد بنيانًا مخصوصًا يمنع من يريد التّمليك من بنائه ويمنع من تملُّكه.

فرع:

ومن حبَّسَ حَبْسًا وعليه دَيْنٌ قَبْلَهُ، واستحدث دَيْنًا بعده، فقام أهل الدَّيْن، فقال سحنون: يُباع[٢] منها للدَّيْن القديم ويدخل معهم أهل الدَّيْن الثّاني ولا يباع منها غير ذلك، وقد قيل: إذا دخل معهم الآخرون، بيع للأوّلين بقَدْرِ ما انتقصهم الآخرون، ثمّ يدخل عليهم الآخرون، هكذا أبدًا حتّى يستوفوا ويفرغ الحَبْس، وكذلك لأصحابنا قولان في العتق[٣].

الباب الثّامن[2]

فيمن تعود إليه منافع العُمْرَى والحَبْس بعد موت المعمّر والمُحَبَّس عليهم

فأمّا العُمْرَى والحَبْس الّذي حكمه حكم العُمْرَى، فإنّما تعود إلى صاحب الأصل إذا كان حيًّا، فإن كان ميّتًا فإلى وَرَثَتِه يوم مات[3]؛ لأنّه لم يُخرجه عن ملكه إخراجًا

---

(١) «قول مطرِّف» زيادة من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «قد قيل».

(٣) «في العتق» ساقطة من المنتقى.

....

(1) البقرة: 114.

(2) هذا الباب مقتبس من المنتقى: 6/ 131 ـ 132.

(3) يقول أحمد بن مغيث في المقنع: 334 «هذا قول مالك وجميع أصحابه، وبه العمل، وعليه فتيا الشّيوخ».

مؤبّدًا، وإنّما أخرجه إخراجًا مؤقّتًا كالإجارة، وقد قال مالك: إنّه إذا أعمره دارا ثم مات، إن لم يكن له عقب رجعت إليه[1].

ومن ذلك: صدقته على رجل حياته، فقال عبد الملك: ترجع إلى ربّها مِلكًا، أو إلى ورثته ميراثًا.

وأمّا الحَبْسُ المؤبَّدُ، فقد قال مالك: يرجع إلى أَوْلَى النّاس ممّن[١] حبّسَه حَبْسًا عليهم.

ووجه ذلك: أنّه لمّا اقتضَى التّأبيد لم يرجع عليه. قال ابن كنانة: لأنّه رجوعٌ في الصّدقة فلم يكن له وجهٌ معيّنٌ يرجع إليه، فرجع إلى أحقّ النّاس بالمحبَّس[٢]، وذلك أوّل وجه ينصرف إليه، لِمَا يجتمعُ فيه من الصِّلة وسَدُّ خَلَّةِ الفقراء.

مسألة[2]:

قال الإمام: والمشهور اليوم عند النّاس أنّه إذا انقطع العَقِب في العُمْرَى، رجعت إلى أقرب النّاس بالمعمّر.

وقال سائر الفقهاء: ترجع إلى بيت المال كسائر المواريث.

وتعلّقوا بظاهر الحديث، وهو قوله[3]: «لاَ تَرجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا» ولا سيّما بزيادة مالك[4] في قوله: «أَبدًا» وهذا قطعٌ محضٌ، وقد تكلّم العلماءُ على ذلك دليلاً وسؤالاً وجوابًا بكلام طويل نسرده في هذه العاجلة إن شاء الله.

---

(١) ج: «المن»، المنتقى: «ممن».

(٢) في المنتقى: «بالحبس».

....

(1) عبارة الباجي: «فيمن أعمر دارًا أو خادمًا لفلان وعقبه ما عاشوا، ولم يقل مرجعها إليه ولا إلى وجه ذكره، فإنّها ترجع إليه كما لو اشترطه».
ووجه ذلك: أنّ منافعه لم يملكها مؤبّدًا، وإنّما أخرج منها شيئًا مؤقّتًا على غير لفظ القربة الّتي تقتضي التّأبيد، فبقي الباقي على ملكه.

(2) انظرها في القبس: 3/ 942 - 943.

(3) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2200) رواية يحيى.

(4) في رواية يحيى.

كتاب الوصايا

الأصلُ في ذلك كتابُ الله، قولُه تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ الآية[1].

قال الإمام: وأدخل مالك[2] حديث ابن عمر؛ أنّ النّبيّ ﷺ قالَ: «مَا حَقُّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» الحديث.

قال[١] ابنُ وضّاح: «مَكْتُوبَةٌ» ليس من كلام النّبيّ ﷺ. قال الشّيخ: جعلت من «الموطّأ» المُدْرَج في النّقل.

الإسناد:

قال الإمام: وأحاديث الوصيّة كثيرةٌ، أصولُها أربعة:

الحديث الأوّل: ما تقدَّمَ، حديثُ ابن عمر.

الحديث الثّاني: عبد الله بن أبي أَوْفَى، قيل له: هل أَوْصَى رسولُ اللَّهِ ﷺ؟ قال: لا. قيل: فَكَيْفَ كَتَبَ الْوَصِيَّةَ؟ قَال: أَوْصَى بِكِتَابِ اللَّهِ[3].

الثّالث: حديثُ سَعْد بن أبي وَقّاص: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» وهو حديثٌ صحيحٌ

---

(١) هذه الفقرة ساقطة من: م، وهي قلقة.

....

(1) البقرة: 180، وانظر أحكام القرآن: 1/ 69 ـ 74.

(2) في الموطأ (2214) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2988)، وسويد (305)، وابن القاسم (249)، ومحمد بن الحسن (734)، والقعنبيّ عند الجوهري (698)، والطبّاع عند أحمد: 2/ 113، والتنيسي عند البخاري (2738)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح مشكل الآثار (3630).

(3) أخرجه البخاري (2740)، ومسلم (1634).

مُتَّفَقٌ عليه[1].

الرَّابع: حديثُ أبي أُمَامَةَ؛ أنّ النبيَّ ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» خرَّجَهُ أبو داود[2] والتّرمذيّ[3].

العربيّة[4]:

والوصيَّةُ في اللُّغة: عبارةٌ عن كلِّ قولٍ يُلْقِيه أحدُهما إلى الآخرِ ليعمَلَ به، وهو مخصوصٌ في الغائبِ والميِّتِ، وضَعَهُ اللهُ للحاجةِ، إذ لا يتَّفِقُ للمرءِ[١] كلُّ ما يريدُه أو يحتاجُه حاضرًا، ولا بدَّ من التّعاوُن بين حالَتَي الغَيْبَةِ والحُضُورِ فيما يختصُّ بالْمُوصِي[٢]، أو فيما يخُصُّ بالمُوصَى إليه به أو فيه، أو ما يتعلَّق بالكلِّ، أو يخُصُّ ثنتين منها[٣] على التّفصيلِ والتّقسيمِ. وقد ذَكَرها[٤] اللَّهُ في كتابه في مواضعَ كثيرة.

مفاقهةٌ[5]:

قال علماؤنا: وللوصيَّةِ أحكامٌ كثيرةٌ بيانُها في «**كتب المسائل**» أمثلُها[٥] خمسةٌ[6]:

الحُكْمُ الأوّلُ: في وجُوبِها

واخْتُلِفَ في ذلك: فذهب ذاهبونَ[7] إلى أنّها واجبةٌ وُجُوبَ الأعيانِ، ويتعيّنُ على

(١) في التسخ: «للمريد» والمثبت من القبس (ط. الأزهري).
(٢) في النسخ: «المريد» والمثبت من القبس: 3/ 496 (ط. الأزهري).
(٣) جـ: «يختص بشيء منها».
(٤) م، ف،: «ذكره»، جـ: «ذكر» والمثبت من القبس.
(٥) في القبس: «أمهاتها».

....

(1) أخرجه مالك (2219) رواية يحيى، والبخاري (1295)، ومسلم (1628).
(2) في سننه (2870 م).
(3) في جامعه الكبير (2120) وقال: «وهو حديث حسنٌ».
(4) انظرها في القبس: 3/ 949.
(5) انظرها في القبس: 3/ 950.
(6) انظر الأحكام الأربعة منها في القبس: 3/ 950 ـ 952.
(7) منهم منذر بن سعيد البلُّوطي حيث قال: «على كلِّ مسلم أن يوصي إذا كان له مال، وذلك فرضٌ عليه... فالوصيّة واجبة بنصِّ القرآن» عن المقنع لابن مغيث: 298.

كلُّ أحدٍ أن يُوصِي بعدَ[١] موتِهِ إخوانه وأهله ومَنْ حَضَره، كذلك فَعَلَتِ الأنبياءُ، وكذلك فعل خاتِمهُم الأعلَى. وقد ذَكَرَ الله ذلك في كتابه في آياتٍ كثيرةٍ.

وقال آخَرُون: تجبُ الوَصِيَّةُ إذا خاف المُوصِي الفَوْتَ، كَدَيْنٍ[٢] يقضيه من حقّ الله أو حقوق العباد، وإليه صَغَى الفقهاءُ، وهو الصّحيح، وهو المرادُ بحديثِ ابنِ عمرَ: «مَا حَقُّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ» فإنّه إن لم يكن عليه حقٌّ، لم تكن الوصيَّةُ عليه بحقٍّ.

فأمّا الآيةُ، فقد ثبت عن ابنِ عبّاس؛ أنّه قال: كَانَ الْمِيرَاثُ لِلْوَلَدِ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدِ، فَنَسَخَ اللهُ ذَلِكَ بِآيَةِ الْمَوَارِيثِ، فَأَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ[1].

وقال سعيد بن المُسَيِّب من التّابعين، وإسحاق بن رَاهُويَة من الفقهاء: نسخَ اللّهُ ذلك في الوَالِدَيْنِ، وبَقِيَ الوُجُوبُ في الأَقْرَبِينَ، حتّى قال الحَسَن وطَاوُس: إنّه لو أَوْصَى بثُلُثٍ لأجنَبِيٍّ لَرُدَّ ذلك إلى قَرَابَتِه[2]، وهذا تَحَكُّمٌ منهما ليس العمل عليه[٣] لضَعْفِه.

وأمّا قولُ سعيدٍ: إنّها باقيةٌ في الأَقْرَبِين، فيردُّه أنّ الصّحابةَ مِنَ[٤] الخلفاءِ إلى أعيانِ الفقهاءِ قبلَ[٥] أن يَتَعَدَّ الحالُ إليه، لم يوص لأحدٍ منهم[٦]. وقد قال علماؤنا: قوله: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾[3] محمولٌ على الاستحبابِ؛ لأنّه عُلِّقَ بمجهولٍ، وهو مقدارُ الخَيْرِ، والواجبُ لا يتعلَّقُ بمجهولٍ؛ لأنّ مِنْ شرطِ الوُجوبِ إمكانَ الفعلِ، ولا إمكانَ مع الجهالةِ.

---

(١) في القبس: «عند».

(٢) في القبس: «الدين».

(٣) ف، ج: «ليس عليه دليل»، وفي القبس: «ليس عليه دليل يغني ذكره عن الدليل».

(٤) م، ف، ج: «و» والمثبت من القبس.

(٥) «قبل» زيادة من القبس.

(٦) م، ف، ج: «منهما» والمثبت من القبس.

....

(1) أخرجه مع اختلاف في الألفاظ البخاريّ (2747).

(2) أخرجهما الطبري في تفسيره: 2/ 117.

(3) البقرة: 180.

الحكم الثّاني:

لَمَّا أَوْجَبَ اللَّهُ الوصيّةَ أو ندَبَ إليها، سقطَ[١] لزومُها وجاز[١] في كلِّ وقتٍ تغييرُها[٢]، فلو كانت لا تُغَيَّرُ لما كانت لأحدٍ قُدْرةٌ على أن يُبادِر إليها، مخافةَ أن يبقَى حيًّا ويَلزَمُهُ عَقْدُها، حتَّى إنّه جوَّزَ فيها تبديلَ ما لا يُبَدَّلُ وهو العِتْقُ، وكلُّ شيءٍ يُفعَلُ للمَرْءِ بعدَ موته فإنّه يجوزُ أن يَرْجِعَ فيه. وكلُّ شيءٍ يُنْفِذُهُ في صحّته، يَلْزَمُه. وكلُّ ما يفعَلُه في مَرَضِه، له تغييرُهُ[٣] - كما قلنا - إلاّ العِتْقَ الْمُبَتَّلَ والمدبَّرَ. وسترَى ذلك مبيَّنًا إن شاء الله في «كتاب العِتْق».

الحكم الثّالث:

إنّ الله تعالى لمّا مَلَّكَ الأموالَ للخَلْقِ، وعَلِمَ أنّهم على قسمين: منهم من يحفُظُ المالَ، ومنهم من يُهمِلُه، فشَرَعَ الحجْرَ على من أهمله من صغيرٍ أو مُصَابٍ، أو ضَعِيف أو سفيهٍ، وقبَضَ أيديَهُم عن الأموالِ، وألْغَى ما يَصدُرُ عنهم[٤] فيها من الأقوال، إبقاءً عليهم ورحمةً لهم، إلاّ أن يُوصُوا، فمن أوصَى منهم نَفَذَت وصيَّتُه؛ لأنّها ظاهرةٌ في وقتٍ لا يُتَوَقَّعُ عليه فسادٌ في مَالِه ولا حاجةٌ في حاله، وهذا إذا كان مُمَيِّزًا يعقِلُ ما يُوصِي به، ويتكلّمُ عن فهمه من غير أن يُقَوَّل. وعلى هذا جاء قضاءُ عمر، وعليه حمل[٥] المجنون في حال الإفَاقَةِ.

الحكم الرّابع:

محلُّ الوصيّةِ الثُّلُثُ للصّحيح والمريض، لحديث[٦] سعدِ بنِ أبي وقّاص: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[1] وقد رُوِيَ عن النّبيّ ﷺ أثَرٌ قال فيه: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُم

---

(١) في القبس: «أسقط. . . وأجاز».
(٢) م، ف، جـ: «تغيرها» والمثبت من القبس.
(٣) م، ف، جـ: «تغيره» والمثبت من القبس.
(٤) م، ف، جـ: «عنها» والمثبت من القبس.
(٥) في القبس: «يحمل».
(٦) م، ف، جـ: «بحديث» والمثبت من القبس.

....

(1) سبق تخريجه صفحة: 473 من هذا الجزء. .

في آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُم»[1] وهذا الحديثُ وإنْ لم يكن صحيحًا، فإنَّ معناه صحيحٌ، يُصَدِّقُه حديثُ سَعْدٍ الّذي اقتضَى بظاهره تعليقَ حقِّ الوَرَثَة بمالِ المريض، وخلَّص له الثُّلُثَ لِحاجاته واستداركاته.

وفي الحديث الصّحيح عن أبي هريرةَ، قال: سُئِلَ رسولُ الله ﷺ: أيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قال: «أَنْ تَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ، تَأْمُلُ الْغِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ، وَلاَ تُمْهِلْ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الْحُلْقُومَ، قُلْتَ: لِفُلاَنٍ كَذَا، وَلِفُلاَنٍ كَذَا»[2].

ومَن فَاتَهُ الاستدراكُ في محلِّ الاستدراكِ وهو الثُّلُثُ، فاختلفَ[١] العلماءُ هل يَلْزَمُ الوارثَ أن يُعْطِيَ عنه ما فَرَّطَ فيه أم لا؟

فقال الشّافعيُّ: كلُّ ما فرَّط فيه من حقٍّ ماليٍّ[٢] فإنّه يخرُجُ من رأس المال، وهو قولٌ ضعيفٌ[3] لم يَجُزْ له إجماعًا[٣]؛ لأنّ تركه الإخراج وما وَجَبَ عليه من ذلك تعويلٌ على أن يتمتَّعَ به في الدُّنيا، ويفوته ورثته في الأُخرَى. هذا مقصدٌ لا يجوِّزه له مسلمٌ يفهم حقيقة الشَّرع.

الحكم الخامس[4]: في كيفية الوصيّة

رُوِيَ[5] أنّ أمّ المؤمنين كانت تُوصِي بهذا، وإن كان السَّلَف يُوصُون به: فلانٌ يشهدُ أن لا إله إلاّ الله وأنّ محمّدًا رسول الله، ويُوصِي مَنْ تركَ مِنْ أهلِهِ بتقوى الله وإصلاحِ ذَاتِ بينهم إنْ كانوا مؤمنين، ويُوصِي بما أَوْصَى به إبراهيم بَنِيهِ ويعقوب.

---

(١) م، ف، ج: «واختلف» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف: «حق مال».

(٣) في النسخ: «لم يوجد له إجماع» والمثبت من القبس.

....

(1) أخرجه الطبراني في مسند الشاميين (1613)، والمعجم الكبير (4129) من حديث خالد بن عبيد السلمي. قال الهيثمي في المجمع: 4/ 212 «وإسناده حسن» وقد رُوِيَ من حديث أبي أمامة وأبي الدرداء وأبي هريرة، انظر تلخيص الحبير: 3/ 91، ونصب الراية: 4/ 399 ـ 400.

(2) أخرجه البخاري (1419)، ومسلم (1032).

(3) تتمّة الكلام كما في القبس: «لأنّه قد صار بالمرض إلى حالة لو أراد أن يعطي فيها جميع ماله يجز له إجماعًا».

(4) هذا الحكم مقتبس من المنتقى: 6/ 147.

(5) رواه ابن عون، كما نصّ على ذلك الباجي.

قيل لمالك: إنّ رَجُلاً كتب في وصيَّتِه: أؤمن بالقَدَرِ خيره وشَرِّه، حُلوه ومُرِّه، قال: ما أرى هذا[1].

فرع[2]:

فمن كتبَ وصيَّتَه ووُجِدَت في تَرِكَتِهِ، وعُرِفَ أنّه خطُّه بشهادة رَجُلينِ عَدْلين، قال مالك: لا تَثبُت حتّى يشهد عليها، وقد يكتبُ الرَّجُلَ فلا يَعْزِم، رواه ابنُ القاسم في «العُتْبِيّة»[3] و«المجموعة».

وقال ابن الموّاز[4]: ولو قرأها ولم يأمرهُم بالشّهادة، فليس بشيءٍ حتّى يقول: إنّها وصيّة وإنّ ما فيها حقٌّ وإن لم يقرأها، وكذلك لو قرؤوها وقالوا: نَشْهَدُ أنّها وصيَّتُكَ، فقال: نعم، أو قال برأسه نعم(١)، ولم(٢) يتكلّم، جازَ.

الحكم السّادس: في فرض الوصيّة

قال الإمامُ: الوصيَّةُ على ضربين: فرضٌ وسنَّةٌ.

والفرضُ على ضربين: منسوخٌ إلى تحريم. ومتروكٌ على حالِهِ.

فأمّا «المنسوخُ إلى التّحريم» فقولُ الله تعالى في الكتاب ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾ الآية[5]، فنسخَ قول النّبيّ ﷺ: «لاَ وصِيَّةَ لِوَارِثٍ».

وأمّا الثّانية: فهي وصيّةٌ بدَيْن للأجنَبِيِّين، ففرضٌ عليه أن يُوصِي بذلك.

وهل يلزَم إذا كانت لوارث أن يُوصي؟

قلنا: نعم يلْزَمُه؛ لأنّ الشّافعيَّ وأبا حنيفةَ يُجيزانِها للوَارِث، وكذلك البخاريّ، ويحتجُّون بقوله: «أَحَقُّ مَا تَصَدَّقَ بِهِ الرَّجُلُ أَوَّلَ يوم مِنَ الآخِرَةِ وَآخِرَ يَوْمِ مِنَ الدُّنْيَا»[6]

---

(١) م، ف، ج: «أو برأسه» والمثبت من المنتقى.

(٢) ج: «وإن لم».

....

(1) قاله أشهب عن مالك في «المجموعة» نصّ على ذلك الباجي.

(2) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 147.

(3) 12/ 473 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب أوّله مرض وله أمّ ولد فحاضت.

(4) عن أشهب، كما نصّ على ذلك الباجي.

(5) البقرة: 180، وانظر الناسخ والمنسوخ للمؤلّف: 2/ 17، والأحكام الصغرى: 1/ 49.

(6) أورده البخاري في كتاب الوصايا (55)، باب قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ =

ويحملون الدَّيْنَ في الوصيّة على العموم، خلافًا لمالك.

وأمّا «النَّدبُ» فقوله: «مَا حَقّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» فجاءَ الحديثُ بلفظِ التَّخيير والوعظ، ولأنّه لو أَبَى لم يُجْبَر على الوصيّة.

واختلف الفقهاء في الوصيّة والصَّدقة في المرض أيّهما أفضل؟

ويُستحَبُّ إن لم يكن له مالٌ، أن يُوصِي بتقوى الله ولزوم الخير أهلَ بَيْتِه ومن يحضره، كما فعل النّبيُّ ﷺ.

فوائد حديث عبد الله بن عمر:

فيه[1](١): النَّدب إلى الوصيّة في التَّطوُّع، وأمّا إن كانت عليه دُيونٌ، ففرضٌ عليه الوصيّة بها.

وفي هذا الحديث: أنّ الوصيّة نافذةٌ وإن كانت عند صاحبها إذا لم يجعلها عند غيره ثمّ ارتجعها، لقوله ﷺ: «ألاَ لاَ يَبِيتَنَّ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَة»[2]، وقولُه: «إِنَّ أُمّي افْتُلِتَتْ نَفْسُهَا»[3] يعني ماتت بغتة.

وقال في حديث عمر[4]: إنّه قيل له: إِنَّ هَاهُنَا غُلاَمًا يَفَاعًا(٢)، لَمْ يَحْتَلِمْ مِنْ غَسَّانَ... إلى آخر الحديث.

فيه من الفقه: إجازةُ وصيّة من لم يبلغ الحُلُم. وأنّ الوصيّةَ للأقارب أفضل منها

---

(١) م، ف: «وهي قوله صدقة الحي على الميت فيه».

(٢) م، ف، ج: «غلام يفاع» والمثبت من الموطأ.

....

= [النساء: 11]، من قول الحسن. قال ابن حجر في فتح الباري: 5/ 375 «هذا أثَرٌ صحيح، رُوِّيناه بعلوّ في مسند الدارمي (3257) من طريق قتادة، قال: قال ابن سيرين، عن شريح: لا يجوز إقرار لوارث. قال: وقال الحسن: أحقّ ما جاز عليه عند موته أوّل يوم من أيام الآخرة، وآخر يوم من أيام الدنيا».

(1) هذه الفوائد مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/ أ.

(2) أغرب المؤلف في ألفاظ الحديث، مع أنه عند البوني بلفظ الموطأ.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (2212) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3000)، وسويد (310)، والقعنبي عند الجوهري (759).

(4) الذي أخرجه مالك في الموطأ (2216) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2992)، وسويد (305)، ومحمد بن الحسن (735)، وابن بكير عند البيهقي: 6/ 282.

للأجنبيّ[١]؛ لأنّ عمر أَمَرَهُ أن يُوصِي لابنة عمِّه.

والغلامُ اليَفَاعُ: الّذي قد قارب الحُلُم[٢].

وقيل: هو الّذي ارتفع[٣] شيئًا من[٤] ثمان سنين ونحوها، وإنّما اشتق اليَفَاعُ من الأرض، وهو ما ارتفع من الأرض[٥].

باب الوصيّة في الثُّلث لا تتعدّى

قال في حديث سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، قَالَ: جَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُنِي مِنْ وَجَعٍ اشْتَدَّ بِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلاَ يَرِثُنِي إِلاَّ ابْنَةٌ لِي، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لاَ» فَقُلْتُ: فَالشَّطْرُ؟ قَالَ: «لاَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، وَإِنَّكَ لَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللهِ، إِلاَّ أُجِرْتَ، حَتَّى مَا تَجْعَلُ فِي فِي إِمْرَأَتِكَ» قَالَ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَأُخَلَّفُ بَعْدَ أَصْحَابِي؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّكَ لَنْ تُخَلَّفَ، فَتَعْمَلَ عَمَلاً صَالِحًا، إِلاَّ ازْدَدْتَ بِهِ دَرَجَةً وَرِفْعَةً، وَلَعَلَّكَ أَنْ تُخَلَّفَ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِكَ أَقْوَامٌ وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ، اللَّهُمَّ أَمْضِ لأَصْحَابِي هِجْرَتَهُمْ، وَلاَ تَرُدَّهُمْ عَلَى أَعْقَابِهِمْ. لكِنِ الْبَائِسُ سَعْدُ بْنُ خَوْلَةَ»، يَرْثِي لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ[1].

الإسناد:

قال الإمام: الحديثُ صحيحٌ متّفقٌ عليه.

---

(١) في تفسير الموطأ: «للأجنبيين».

(٢) في تفسير الموطأ: «الاحتلام».

(٣) ف: «ارتجع»، ج: «ارتفق».

(٤) في تفسير الموطأ: «إلى».

(٥) في تفسير الموطأ: «ما ارتفع منها» وهي أسدّ.

....

(1) أخرجه مالك في الموطأ (2219) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2995)، وسويد (307)، وابن القاسم (68)، ومحمد بن الحسن (736)، والقعنبي عند الجوهري (217)، والتنيسي عند البخاري (1090)، وابن بكير عند البيهقي: 6/ 268.

الفقه والفوائد المنثورة في هذا الحديث:

الفائدة الأُولى[1]:

فيه: أنّ المريضَ ليس له من مَالِهِ إلاّ الثُلُث في وصاياه.

الثّانية[2]:

فيه: عيادة النّبيّ ﷺ لأصحابه إذا مرضوا.

وزيارة المريض من البِرّ ومن القُرَبِ، يدلُّ على ذلك حديث البَرَاء، قال: أَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَتْبَعَ الْجَنَائِزَ، وَنَعُودَ الْمَرِيضَ، وَنُفْشِيَ السَّلاَمَ[3].

الثّالثة[4]:

قوله: «قَدْ بَلَغنِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى» فيه دليلٌ على جواز إخبارِ العليل[(١)][5] وما يَجِدُه المرء، إذا لم يُرِدْ بذلك الشَّكْوَى والسَّخط، ويجوز[6] إذا تَسَبَّبَ[(٢)] إلى المعافاة أو المعاناة[7]، أو يُخبر به من يرجُو برَكَته بدُعَائِه.

الرّابعة[8]:

فيه: أنّ مفهوم الخطاب يقومُ مقامَ الخطابِ، لقوله[(٣)]: «مَا تَرَى» ما نزل بي، يعني: ما أصفُ لك.

الخامسة[9]:

فيه قوله: «لاَ يَرِثُنِي إِلاَّ ابْنَةٌ لِي» أراد من الوَلَد؛ لأنّه كان له عصبة، فسكت عن

---

(١) م، ف، ج: «العلل» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ج: «نسبها»، ف: «ثبت فيه» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «بقوله» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/ أ.

(2) الفقرة الأولى مقتبسة من المصدر السابق، والباقي مقتبس من المنتقى: 6/ 156.

(3) أخرجه البخاري (5650)، ومسلم (2066).

(4) هذه الفائدة مقتبسة من المنتقى: 6/ 156.

(5) أي إخبار المريض بشِدَّةِ حاله.

(6) أي يجوز التّشكّي لا السّخط؛ لأنّه محبط للأجر.

(7) أي الاهتمام به.

(8) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/ ب.

(9) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.

ذلك لعلم السَّامع، وكان هذا في آخر حياة رسول الله ﷺ، ففيه الرَّدّ على مَنْ يقول بالرَّدِّ على الابنة، ألا ترى قول سَعْد: «وَ لاَ يَرِثُنِي إِلاَ ابْنَةٌ لِي» أراد أنّها لا تُحيط بالكلِّ.

السّادسة[1]:

قوله: «عَالَةً» يريد فقرًا، ومنه قولُه تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ﴾[2] وقد اختلف النّاس في ذلك:

فقيل: غِنَى القلب.

وقيل: غِنَى الحسنات.

وقيل: غِنَى المال، أي أغناك بمال خديجة، على ما نُبيِّنُه في «التّفسير» في سورة والضُّحَى[3]، إن شاء الله.

السّابعة[4]:

قوله في الحديث: «أَأُخَلَّفُ بَعْدَ أَصْحَابِي» يحتمل أن يريد: أخلف في مكَّةَ بعد خروجهم إلى المدينة، وهذا يدلُّ على فضل المدينة.

وفيه: دليلٌ على أنّ الهجرة لم تنقطع[١] عمّن هاجر قبل الفتح، وإنّما جاء[٢]: «لاَ هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ»[5] على معنى: أنّ من[٣] لم يكن هاجر قبل ذلك أن يهاجر إلى المدينة فيقيم بها، والّذي جاء في حديث صفوان؛ أنّ من مات ولم يهاجر هلك[6]، يقول: من لم يأتِ المدينة فيُقيم مع النّبيّ ﷺ، ولقوله تعالى: ﴿وَمَن يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ يَجِدْ فِي ٱلْأَرْضِ

---

(١) في تفسير البوني: «أن حكم الهجرة لم ينقطع».

(٢) في تفسير البوني: «والذي جاء».

(٣) في تفسير الموطأ: «إنما معناه أنه ليس من».

....

(1) ما عدا الفقرة الأخيرة مقتبسٌ من المصدر السابق.

(2) الضحى: 8.

(3) لعله يقصد كتاب أحكام القرآن، أو أمالي أنوار الفجر، أو كتاب التفسير من القبس.

(4) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/ ب، وانظر المنتقى: 6/ 156.

(5) أخرجه البخاري (3080)، ومسلم (1864) من حديث عائشة.

(6) أخرجه مالك في الموطأ (2416) رواية يحيى.

(7) النساء: 100.

والمهاجرة والمصارمة واحد.

الثّامنة[1]:

قوله: «لكِنِ الْبَائِسُ سَعْدُ بْنُ خَوْلَةَ، يَرْثِي لَهُ رَسُولُ اللّهِ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ» والبائس هو الفقير، وهو مشتقٌ من البُؤس[2]، وأراد به هاهنا النَّقْصَ من الخير والفضل، والله أعلم.

وقوله: «يَرْثِي» يقول: يتوجّع، ومنه المراثي في الشّعر، فتوجَّعَ له رسولُ الله ﷺ إذ[١] ماتَ بمكّة.

التّاسعة[3]:

اتّفقتِ الأُمّةُ على أنّ الوصيّةَ بالثُّلُث هو المعمول بها اليوم.

فإن قيل: قد رُوِيَ عن عمر أنّه أوصى بالرُّبع، وأَوْصَى أبو بكر - رضي الله عنه - بالخُمس، وقال: رَضيتُ في وصيَّتِي ما رَضِيَ الله به لنفسه من الغنيمة[4].

قلنا: إذا ثَبتَ ذلك، فليس بمعمولٍ به؛ لأنّه قدِ اتَّفقَ العلماءُ على أنّ من له وارثٌ فليس له أن يُوصي بأكثر من ثُلُثِه، لقوله: «وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» ولقوله: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ...» الحديث[5]، فثبت أنّ للوَرَثَة حقّ في مال المريض يمنع ما زاد على الثُّلُثِ.

فرع[6]:

فإن لم يكن له وارثٌ، فهل له أن يوصي بماله كلّه؟ فَمَذْهَبُ مالكٍ أنّه لا يجوز[7]، وبه قال الشّافعيّ[8]، وهو قول زَيْد بن ثَابِت.

---

(١) في تفسير البوني: «إن».

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 108/ب.
(2) تتمة الكلام كما في تفسير البوني: «ويقال أيضًا لكل من نزلت به مصيبة بائسٌ».
(3) انظر المنتقى: 6/ 156 ـ 157.
(4) أخرجه عبد الرّزاق (16363).
(5) الذي أخرجه مالك في الموطأ (2219) رواية يحيى. من حديث سعد بن أبي وقاص.
(6) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 156.
(7) والدّليل على ما ذهب إليه المالكية: أنّ له من يعقل عنه، فلم يكن له أن يوصي بأكثر من الثّلُث، أصل ذلك من يرثه بنوه.
(8) انظر الحاوي الكبير: 8/ 195.

وجوَّزَ ذلك أبو حنيفة[1]، ورُوِيَ ذلك عن ابنِ مسعود[2] وعليٍّ.

فرع آخر[3]:

إذا ثبت ذلك، فمن مات ولا وارثَ له، فقد رَوَى محمّد عن ابنِ القاسم[4]: يتصدَّق بماله[١]، إلاّ أن يكون الوالي يُجْرِيهِ[٢] في وجهه، كعمر بن عبد العزيز فليدفع إليه.

وكذلك من أعتقَ نصرانيًّا، فمات النَّصرانيُّ ولا وارث له، فليتصدّق بماله ولا يجعله في بيت المال[5].

ولو أوصى نصرانيٌّ بماله للكنيسة، ففي «**العُتْبِيَّة**»[6] عن ابن القاسم؛ أنّه يدفع إلى أساقفتهم ثُلُثَه وثُلُثَاهُ للمسلمين.

ووجه ذلك: أنّه لم يكن له وارثٌ فماله للمسلمين، فالحكم في تَرِكَتِه بين المسلمين وبين النّاظر في الكنيسة، فيجري على حكم الإسلام، فلا تجوز له وصيَّة في أكثر من ثُلُثِه.

العاشرة:

وإذا أَوْصَى الرَّجُلُ بأَمَتِه أن تعتق على ألاّ تتزوَّج، ثمّ مات، فقالت: لا أتزوَّج، فإنّها تعتق من ثُلُثِه، فإن تزوّجت بعد ذلك لم يبطل ذلك وصيّتها، من قِبَل أن عتقها قد وجب، وهو قول أبي ثور والأوزاعيّ واللَّيْث بن سعد وأهل الرَّأي، وبه أقول.

واختلفَ العلماءُ في الرَّجُل يُوصِي لأمِّ الولد بألف درهم على ألاّ تتزوّج، أو قال:

---

(١) في المنتقى: «بما ترك».

(٢) م: «يخرجه».

....

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 5/ 53، والمبسوط: 28/ 121.

(2) أخرجه عبد الرزاق (16374).

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 157.

(4) رواه محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم.

(5) ووجه ذلك: أنّ الوالي ليس له أن يستبدّ به ولا يصرفه في غير وجوه البرّ، فإذا كان ممّن لا يصرفه في وجوه البرّ، ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البرّ.

(6) 13/ 326 في سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم في كتاب الوصايا.

إن لم تتزوّج، أو على أن تثبت مع ولدي، فقبلت وفعلت بما اشترط عليها بعد موته، فإنّ الوصيّةَ لها من ثُلُثِه. فإن تزوّجت بعد ذلك لم تبطل وصيَّتُها في قول أصحاب الرَّأي. وقال أبو ثور: يرجع عليها بالوصيّة.

فرع:

وإذا أَوْصَى الرَّجُل بعتقِ عبده على ألاّ يفارق ولده، وعليه دَيْن يحيط بماله، بطلت وصيّته وبِيعَ في الدَّيْن، فإن أَعْتَقَه الوَرَثَة لم يُجْزِىء عنهم.

فرع:

الرَّجُل يُوصِي بوصيَّةٍ بعد وصيّة، فقالت طائفة: ينفذان جميعًا إن لم يكن رجعَ عن الأوّل، وهو قولُ مالك[1] والشّافعيّ ورَبِيعَة وإسحاق وأحمد.

الحادية عشر:

أنّ للرّجل أن يرجع في جميع ما يُوصِي به إلاّ العِتْق فإنّهم اختلفوا فيه: فرُوِيَ عن عمر بن الخطّاب أنّه قال: يُغيِّر الرَّجُل ما شاءَ من الوصيَّةِ[2]، وبه قال عطاء والزّهريّ وقَتَادَة ومالك والشّافعيّ[3]. وقال(١) أحمد وإسحاق، إلاّ التَّدبير في قول مالك.

وقالت طائفة: يُغَيِّرُ الرَّجُل ما شاءَ منَ الوصيَّةِ إلاّ العتاقة، وعلى هذا جمهور أهل العِلْم.

وقالت طائفة: لا تجوز وصيَّةُ الصَّبيّ حتى يبلغ، ولا تجوز وصيَّة الأَحْمَقِ والمُوَسْوس، وهو مذهب مالك.

وأوقف إياس بن معاوية وصيّة الصّبيّ والمجنون.

وأمّا وصيّة الأسير فلا تجوز إلاّ في الثُّلُثِ، وبه قال أحمد وإسحاق وسفيان الثّوريّ، والفروعُ كثيرةٌ جدًّا، لُبابها ما سردناه عليكم.

---

(١) لعل الصواب: «وقاله».

....

(1) في المدونة: 15/ 70 (ط. النجار) في الرّجُل يوصي للرجل بالوصية.

(2) أخرجه البيهقي: 6/ 281.

(3) انظر الحاوي الكبير: 8/ 309.

باب
ما جاء في المؤنّثِ من الرجال

قال الإمام: ذكر مالكٌ[1] حديثَ المُخَنَّثِ الدّاخل على أُمّ سَلَمَةَ إلى آخر قوله في الحديث، وهو صحيحٌ مُتَّفَقٌ عليه[2].

قال الإمام[3]: هذا المُؤَنَّث اسمه هِيت[4]، وكان مولىً لعبد الله بن أبي أُمَيَّة أخي أم سَلَمَة، وكان يدخل على أزواج النّبيِّ ﷺ، وأُرَى[١] ذلك لقوله عالى: ﴿غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ﴾ الآية[5].

العربيّة:

قوله[6]: «أَنَّ مُخَنَّثًا» «وهو المؤنَّثُ من الرِّجالِ وإن لم تُعْرَف فيه الفاحشة؛ لأنّ الخنث هي شدّة التّأنثِ في الخِلْقَةِ والفعل»[7].

وهو مأخوذٌ من تكسُّرِ الشّيءِ، ومنه حديثُه الآخر: أنّه ﷺ نَهَى عَنِ اخْتِنَاثِ الأَسْقِيَةِ[8]، وهو أن تكسر أفواه الأَسْقِيَةِ ويشرب منها.

وكانت هيئة هذا المخنَّث: «مُؤَنَّثُ النّغمَة، يُشبِهُ المرأةَ في الخُلُقِ واللّين والتَّكسُّر واللّفظ واللحظ[٢] والفعل والعقل»[9].

---

(١) في المنتقى: «لا أرى».

(٢) م، ف: «واللّحطة»، جـ: «والخطة» والمثبت من شرح غريب الموطأ لعبد الملك بن حبيب.

....

(1) في الموطأ (2229) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3017)، وسويد (311)، والقعنبي عند الجوهري (776)، وابن القاسم عند النسائي في الكبرى (9250)، والبزّاز في غرائب مالك (96).

(2) أخرجه البخاري (4324)، ومسلم (2180).

(3) هذه الفقرة مقتبسة من المنتقى: 6/ 183.

(4) أخرجه ابن بشكوال في غوامض الأسماء المبهمة: 1/ 160.

(5) النور: 31.

(6) أي قول عُرْوَة في حديث الموطأ السابق ذِكْرُهُ.

(7) هذا التفسير مقتبس من شرح غريب الموطّأ لابن حبيب: الورقة 123.

(8) أخرجه البخاري (5625)، ومسلم (2023) من حديث أبي سعيد الخدري.

(9) ذكر هيئة المخنّث اقتبسه المؤلّف من تفسير غريب الموطّأ لابن حبيب، الورقة 123، وقال عبد الملك في آخره: «هكذا فسّرَهُ لي ابن الماجشون».

الفوائد المتعلقة به والشرح:

وهي جمّة[١]:

الأولى[1]:

قولُه: ﴿غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ﴾ الآية[2]، قال عِكْرِمَة وأهل التَّفسير: هو المُخَنَّثُ الّذي لا يقوم له، يريد العِنِّين.

وقيل: هو الشَّيخ الهَرِم، والخُنْثَى، والمَعْتُوه، والطِّفل، والعِنِّين.

وقال ابنُ عبّاس: هو الأحمق الّذي لا حاجةَ له بِالنّساء[3]

وقال مجاهد: هو الّذي يَتْبعك ليصيب من طعامك، ولا يريد النّساء، ولا يهمّه إلاّ بطنه[4].

وقال ابنُ الكلبي: إنّه[5] قال لعبد الله بن أبي أُمَيَّة وهو عند النّبيِّ ﷺ في بيت أمّ سَلَمَة: إنِ افْتَتَحْتُمُ الطَّائِفَ فَعَلَيْكَ بَبَادِنَة بنت غيلان، فَإِنَّهَا تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ، مَعَ ثَغْرٍ كالأُقْحُوان، إِنْ قَعَدَتْ تَبَنَّت[٢]، وَإِنْ تَكَلَّمَتْ تَغَنَّتْ، بَيْنَ رِجْلَيْهَا كَالإِنَاءِ المكفوء، ورسولُ اللَّهِ يسمع، فقال: «لَقَد غلغلت النَّظَرَ إِلَيْهَا يَا عَدُوَّ اللَّهِ» ثمّ أجلاه إلى الحمى، قال: فلما فُتِحَتِ الطّائف تزوّجها عبد الرّحمن بن عَوْف فولدت له بريهة، ولمّا قُبِضَ رسولُ الله ﷺ وولي أبو بكر كلَّمَهُ فيه، فَأَبَى أن يَرُدَّهُ، فلمّا ولي عمر، قيل له: إنّه قد ضعف وكبر واحتاجَ، فأذن له أن يدخل كلَّ جمعةٍ فيسأل النّاس ثمّ يرجع إلى مكانه[6].

---

(١) م، جـ: «جملة».

(٢) ف، جـ: «ثبتت»، وفي أحكام القرآن: 3/ 1375 «إن جلست تبنّت وإن قامت تثنّت».

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من المنتقى: 6/ 183.

(2) النور: 31، وانظر تفسير ابن أبي حاتم: 8/ 2578.

(3) أخرجه الطبري في تفسيره: 18/ 122.

(4) أخرجه الطبري في تفسيره: 18/ 122.

(5) أي المخنّث.

(6) أورد هذا الحديث ابن عبد البر في الاستذكار: 23/ 63 ـ 64 وعزاه إلى ابن الكلبي والواقدي، كما عزاه ابن حجر في الفتح: 9/ 335 ـ 336 إلى ابن الكلبي أيضًا.

الثانية[1]:

قال ابنُ وهب: يقول: «إذا أَقْبَلَتْ ألاَّ تَرَى إلاَّ صَدْرَهَا وَمُلُوسَةَ بَطْنِهَا، لا يشفُّ مِنْهَا شَيْءٌ عَلَى شَيْءٍ، وَإِذَا أَدْبَرَتْ تبين أَعْكَانُها مِنْ كِلاَ الْجَانِبَيْنِ[2]» فلمّا سمعه النّبيُّ ﷺ يصفُ النّساءَ، قال: «لاَ أَرَاهُمْ إِلاَّ يَعْرِفُونَ النّسَاءَ، لاَ يَدْخُلُونَ عَلَيْكُنَّ».

وقال أهل[(١)] التّفسير: إنّما قال «بِثَمَانٍ» ولم يقل: «بثمانية»، وهي الأطراف، واحِدُها طرفٌ وهو مُذَكَّر؛ لأنّه لم يقل: «ثمانية أطراف»، فلمّا جاء بلفظ الأطراف لم يجد بُدًّا[(٢)] من التّذكير، وهذا كقولهم: هذا الثّوبُ سبعٌ في ثَمَان[3]، فلم يذكّر.

وقوله[4]: «تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ» يريد أَعْكَانَها؛ لأنّ العُكَنَ هي أربعُ طرائق في بَطْنِها، رواه حبيب عن مالك[5].

وقوله: «وَإِنْ تَكَلَّمَتْ تَغَنَّتْ» يعني من الغُنَّةِ وليس من الغِنَاءِ؛ لأنّ العرب تقول من الغُنَّةِ: تَغَنَّى الرَّجُل في كلامه وتغنَّنَ، وكما يقال من الظَّنِّ: تَظَنَّى وتَظَنَّنَ.

الثالثة[6]:

قال علماؤنا: كان دخولُ هذا المُخَنَّث على النّساء في غَزْوَة الطّائف بعد نزول الحِجَاب بسنتين[(٣)]، وإنّما كان مأذونًا له في ذلك لكونه من أُولي الإِرْبَة، وللحَجَبَةِ[(٤)] أحكامٌ كثيرةٌ، ولم يفرد لها علماؤنا كتابًا ولا بابًا مستوفىً.

---

(١) في تفسير البوني: «قال بعض أهل».

(٢) ف: «لم يكن بدٌّ»، ف: «بد».

(٣) ف: «بسبع سنين».

(٤) في النّسخ: «ولحجته» والمثبت من القبس.

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 109/أ - ب.

(2) تتمة الكلام كما في تفسير الموطأ للبوني: «ومن كلا وركيها».

(3) تتمّةُ الكلام كما في تفسير البوني: «والثّمان يراد بها الأشبار».

(4) الشرح التالي مقتبس من المنتقى: 6/ 183.

(5) نصّ على ذلك ابن حبيب في شرح غريب الموطأ: الورقة 124، وابن عبد البر في الاستذكار: 23/ 64، وفي التمهيد: 22/ 271 - 272 «وحبيب كاتب مالك متروك الحديث، ضعيف عند جميعهم، لا يكتب حديثه، ولا يُلْتَفَتُ إلى ما يجيء به».

(6) انظرها في القبس: 3/ 953 - 954.

الرّابعة[1]:

وأمّا «أولوا الإِرْبَة» فعلى ضربين: ذَوُوْ محارم، وأجنبيون.

فأمّا ذَوُوْ المحارم، فيجوز لهم الدّخول على ذات محارمهم، والنّظر إلى ما جرت به العادة بكشفه، كالوجه والشَّعْر والعضدين[١].

وقد قال مالك في «**الموّازية**»: لا بأس أن يرى شعر أمّ امرأته وامرأة أبيه، ولا بأس أن يقبّل خدَّ ابنته إذا قَدِمَ من سفره[2]. وأمّا أن يراها مجرّدة فلا يجوز ذلك.

وفي «**العُتْبِيّة**» عن ابن القاسم عنه[3]: يستأذن على أُمّه وأخته، ولا يجوز أن يَرَى أمّه عريانة.

وقيل في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[4] قيل: هو الوجه والكفّان لأنّها لا تستر[٢] في الصّلاة[5].

وأمّا أمّ الزّوجة، فجوّزَ مالك النَّظَر إلى شعرها، ومنَعَهُ ابن جُبَيْر.

ودليلُنا: أنّها محرّمةٌ على التّأبيد، كالأُمّ والأخت.

وأمّا من ليس بذي مَحْرَمٍ، فلا يخلو أن يكون الوطء مباحًا أو لا. فإن كان مباحًا له، فهو الزّوج والسيّد، فإنّه يجوز له أن ينظر إلى العورة وغيرها، وهي أيضًا كذلك[6].

ومن لا يُباحُ له الوطء على ضربين: صغير، وكبير.

أمّا الصّغير، فلا كلام فيه[7].

---

(١) في المنتقى: «والمعصمين». (٢) ف: «لأنها تستر».

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من المنتقى: 6/ 183 ـ 184.

(2) ووجه ذلك: أنّ هذا ممّا جرت العادة بانكشافه منها، انظر كتاب النظر في أحكام النظر لابن القطان الفاسي: 392.

(3) أي عن الإمام مالك.

(4) النور: 31.

(5) قال القاضي أبو إسحاق بن شعبان في تفسير الآية المذكورة: «الظّاهر أنّه يريد الوجه والكفّين؛ لأنّ المرأة يجب عليها أن تستر منها في الصّلاة كلّ موضع لا يجوز أن يراه القُرَباء، وليس يجوز لها أن تُظْهِر في الصّلاة إلاّ وجهها وكفّيها، وفي ذلك دليل على أنّه لا يجوز للقربى أن يروا منها ذلك، والله أعلم بما أراد». عن المنتقى: 6/ 183.

(6) أي تنظر هي منه إلى مثل ذلك.

(7) فيجوز نظره لها.

وأمّا الكبير، فعلى ضربين: خَصِيٌّ وفَحْلٌ.

فأّما الخَصِيُّ: فلا يخلو أن يكون عبدًا أو حرًّا، فإن كان عبدًا لها، فلا بأس أن يدخل عليها، وهو المشهور، وأن ينظر إلى شعرها وأن يرى وجْهَهَا.

فأمّا الحرّ من الخصيان، فكره مالك أن يدخل عليها عبدًا كان أو غيره.

وأمّا الفحل، فعلى ضربين: عبدٌ أو حرّ. فالعبد لها لا بأس أن يراها على الوجهِ الّذي تقدَّم.

الخامسة[1]:

قوله[2]: «فَوَجَدَ ابْنَهُ عَاصِمًا» يقتضي أنّه كان هنالك عند أمّه، أو جَدَّتِهِ، ولعلّه كان عند جدَّته زائرًا، ولعلّ أمّه كانت تزوّجت فانتقلتِ الحضانة إلى الجدَّة.

وهنا الكلام على الحضانة، وأصلُ هذا: أنّ الفقهاء متَّفِقون على أنّ الأمّ أحقُّ بالحضانة ما لم تتزوّج.

وقد خَرَّجَ أبُو داود في هذا الباب أحاديث: وذلك أنّ امرأة جاءت إلى النّبيِّ عليه السّلام، فقالت له: يا رسول الله: هذا ابني، كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حِواءً، وإنّ أباه طلّقني، ويريد أن يأخذه منّي، فقال لها النّبي ﷺ: «أَنْتِ أَحَقّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[3].

واتّفقَ العلماءُ على ذلك؛ لأنّ الآدميَّ محتاج(١) في صِغَرِه(٢) إلى الكفالة، محتاج(١) في كِبَرِهِ إلى النُّصرة والولاية، والأمُّ على الكفالةِ أَقْدَر، فهي أَوْلَى به، وهو يأوي إليها إذا وجدها، والوالدةُ مهما عَكَفَت على الوَلَدِ كانت به أحقّ، فإذا دخل بها زوجُها الثّاني سقط حقّها بالنَّصّ وبالمعنى، وهو أنّ الضّرر يلحق الولد باشتغالها بزوجها في حالة الكفالة، وتعريض ولد الغير معه للذِّلَّةِ، فأزيل عنها لهذا.

---

(١) جـ: «يحتاج». (٢) «في صغره» زيادة من القبس.

....

(1) الفقرتان الأولتان مقتبستان من المنتقى: 6/ 185، وانظر الباقي في القبس: 3/ 954 - 955.

(2) أي قول القاسم بن محمد في الموطأ (2330) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3016)، وسويد (311).

(3) أخرجه أبو داود (2276) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وانظر تخريجه في الصفحة اللاحقة، تعليق رقم: 5

نكتة أصوليّة[1]:

واعلموا أنّ الموجود هٰهنا عمودان:

1 ـ أحدهما: عمود الأمّ، وقد قَضَى النّبيُّ[*] بالوَلَدِ للخالة حسب ما تقدّم.

2 ـ فإن لم يكن عمود الأمّ، فالأب وأهله.

واختلفوا هل يقدّم؛ الأب على أهله لأنّهم يستحقّون، أو يقدّم الأهل عليه لأنّهم أرفق به؟ والصّحيح: أنّ الأبَ يقدّم لأنّه أنظر له، يرى حاله معه، فإن استقلّ بالكفاية[١]، وإلاّ نقله إلى من يرى من أهله[٢].

واختلفَ العلماءُ هل الحضانة حقٌّ لله أم للحاضنة أم للولد ؟

فقال[2] مالك[٣]: هو من حقوقها ـ يعني الأمّ ـ إن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته[3].

قال عبدُ الوهّاب[4]: فإذا قلنا: إنّه من حقوقها، فلقوله: «أَنْتِ أَحَقّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[5].

ومن جهة المعنى: أنّه يلحقها بالتّفرقة الضَّرَر، مع ما جُبِلَ عليه النّساء[٤] من الإشفاق من ذلك والتّوجُّع.

وإذا قلنا: إنّه حقّ له، فلأنَّ الغَرَضَ حفظه، ولذلك يُؤخَذ منها إذا تزوّجت وإن لحقَها الضَّرَرُ بأخذه.

(*) ﷺ

(١) في النسخ: «بالكفالة» والمثبت من القبس.

(٢) في القبس: «من أبداله» وفي نسخة من القبس: «أجداده».

(٣) في المنتقى: «فقد اختلف عن مالك في ذلك، فقال الشّيخ أبو القاسم [ابن الجلاب]» وهو الصّواب.

(٤) م، ف، ج: «النّاس» والمثبت من المنتقى.

....

(1) انظر القسم الأول هذه النكتة في القبس: 3/ 954 ـ 955.

(2) من هنا إلى آخر هذه النكتة الأصولية مقتبس من المنتقى: 6/ 185.

(3) هذا القول هو لابن الجلاّب في تفريعه: 2/ 71.

(4) في المعونة: 2/ 940 وقد تصرّف الباجي في النص.

(5) أخرجه أحمد: 2/ 182، وأبو داود (2276)، والحاكم: 2/ 225 (ط. عطا) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، والبيهقي: 8/ 4 كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال الهيثمي في المجمع: 4/ 323 «رواه أحمد ورجاله ثقات».

قال الإمام: والّذي عندي: أنّ فيه حقًّا لكلٍّ واحدٍ منهما.

تفريع[1]:

قال علماؤنا[2]: ونهاية الحضانة في قول مالك البلوغ في الذُّكور، ورأيت لابن وهب عن مالك: الإِثْغَار.

وقال ابنُ الجلاّب[3]: «حدّها الاحتلام، وقيل: الإثغار».

وأمّا في الإناث، فلا نعلم أنّه اختلفَ قولُه بأنّ لها الحضانة إلى أن يدخل بها زوجها، إلاّ أن يكون موضع أبيها أَحْرَزَ لها.

وقال أبو حنيفة[4]: إن كانت أُنثَى فحتَّى تبلغ، وإن كان ذكرًا فحتّى يستَغْنِي عمّن يحضنه ويقوم بنفسه.

وقال الشّافعي[5]: إذا بلغ سبع سنين أو ثمانية خُيِّرَ بين أَبَوَيْه.

وقد احتج علماؤنا بقوله: «هُوَ حَقٌّ لَكِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» وهذا الحديث ليس إسناده ممّا يحتجُّ به، ولا في هذا الباب شيءٌ يُعْتَمَدُ عليه.

ووجه ذلك: أنّ ابنَ سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه، والأمُّ أشفَق عليه وأصبر على خدمته، فكانت أحقّ به حتى يبلغ، وهو الحدّ الّذي يقوى فيه ويستقلّ بنفسه.

فرع[6]:

ولا يُمْنَعُ الولدُ من الاختلافِ لأبيه يعلّمُه ويأوي إلى أُمّه، رواه ابنُ حبيب عن ابن المَاجِشُون.

....

(1) هذا التّفريع مقتبس من المنتقى: 6/ 185 ـ 186.

(2) المقصود هو الإمام الباجي.

(3) في التّفريع: 2/ 72 بنحوه.

(4) انظر مختصر الطحاوي: 226، والمبسوط: 16/ 171.

(5) انظر الأم: 10/ 316 (ط. قتيبة)، ومختصر خلافيات البيهقي: 4/ 320.

(6) هذا الفرع مقتبس ن المنتقى: 6/ 186.

فرع[1][١]:

وإن شكا الأب ضياع نفقته[٢] وأراد أن يُطعمه، فله ذلك، ولكن يأوي إلى أمّه أو خالته[2].

فرع[3]:

فإذا ثبت أنّ حضانتها تبطل بدخول الزّوج بها، فإنّها تنتقل إلى أقرب النّساء بالصّبيّ، وينتقل ذلك بتزَوُّج[٣] الأمّ.

ولا يخلو أن يكون الولد ذكرًا أو أُنثى، فإن كان ذكرًا فإنّه ينتقل إلى من له حقٌّ في الحضانةِ من أنثى أو ذكرٍ، قال محمّد[٤]: مثل الوصيّ ومولى النّعمة، ومَوْلَى النِّعمة أحقّ من الأم[٥] إذا تزوّجت. وقال مالك[٦]: الأولياء أحقّ بالحضانة إذا تزوّجت؛ لأنّ الأولياء هم العَصَبَةُ.

وإن كانت أُنثى، فقال مالك في «**الموّازية**»: العمّ والجدّ[4]، وأمّا الوصّيُّ، فإن كان ذا محرم، فهو أحقّ من الجدّ، وإن لم يكن ذا محرم، فقد[٧] قال مالك *في «**الموّازية**»:

---

(١) م، ف، ج: «قال» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «ضياعته» والمثبت من المنتقى.

(٣) م، ف، ج: «بتزويج» والمثبت من المنتقى.

(٤) ج: «مالك».

(٥) م، ف، ج: «الأخ» وهو تصحيف، والمثبت من المنتقى.

(٦) «قال مالك» زيادة على نصّ المنتقى.

(٧) «فقد» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 186.

(2) اختصر المؤلِّف ـ رحمه الله ـ هذا الفرع اختصارًا استبهم معه المعنى، ونرى من المستحسن إيراده كما جاء في المنتقى: «. . . وأراد أن يطعمه، فقد كتب سحنون إلى شجرة في الخالة تجب لها الحضانة فيقول الأب: يكون ولدي عندي لأعلّمه وأطعمه، فإنّ الخالة تأكل ما أرزقهم، وهي مكذّبة، أنّ للأب أن يطعمه ويعلّمه، وتكون الحضانة للخالة، فجعل الحضانة أن يأوي إليها وتباشر سائر أحواله ممّا لا يغيب عليه من نفقته».

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 187.

(4) أي أن للعم والجدّ أخذ الصّبيّة إذا نكحت أمّها.

كونها مع زوج أُمّها أَوْلَى؛ لأنّه ذو محرم. وقال أَصْبَغ*[١]: إذا تزوّجت فالوصيُّ أحقّ به غلامًا كان أو أنثى.

فرع[1]:

فإن لم تكن جدّة، أزيلتِ الحضانةُ عنها بالنّكاح، والظّاهرُ من المذهب أنّها تنتقل عنها إلى الخالة. وقال محمّد عن مالك[2]: إنّ الأب أحقّ من الخالةِ. قال أَصْبَغُ: وليس هذا بشيءٍ. وقولُ مالك المعروفُ أنّ الخالةَ أحقّ.

ووجه الأوّل: ما رُوِيَ عنه ﷺ أنّه قَضَى بالحضانةِ في ابنة حمزة بن عبد المُطَّلِب لخالتها، وهي زوج جعفر بن أبي طالب، وقال: «الْخَالَةُ أُمٌّ»[3].

وخالة الأمّ كالخالة، قاله مالكٌ في «**الموّازية**» وقال في «**المُدَوَّنَة**»[4]: الخالةُ أحقّ من الجدّةِ.

فرع[5]:

وإذا عدم النّساء، فالأب والأخ[٢]، ثم الجدّ، ثم ابن الأخ، ثم العمّ. وقال محمّد: والوصيُّ ومَوْلَى النّعمة أَوْلَى من الأمّ إذا تزوّجت. وقال في «**المدوّنة**»[6]: مَوْلَى النّعمة من الأولياء، وموالي العتاقة وابن العمّ من الأولياء، وكذلك العَصَبَة، وإنّما يستحق ذلك الأقرب فالأقرب.

---

(١) ما بين النجمتين زيادة من المنتقى يقتضيها السّياق.

(٢) في المنتقى: «فإذا عدم النساء والأب ففي كتاب محمد: والأخ...».

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 188.

(2) الذي في المنتقى: «قال محمد: ورُوِي عن مالك».

(3) أخرجه أبو داود (2280 م)، والنّسائي في الكبرى (8579)، والحاكم: 4/ 382 (ط. عطا) وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه» كلهم من حديث عليّ.

(4) 2/ 244 في ما جاء في حضانة الأمّ.

(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 188.

(6) 2/ 246 في ما جاء في حضانة الأمّ.

فرعٌ[1]:

وهذا إذا كانتِ الحاضنةُ مع الأب في بلدٍ واحدٍ، أو فيما حُكْمُه حكم البلد الوَاحدِ. وأمّا مع الاختلاف في المواضع، فالأبُ ومن له حقّ من العَصَبَة أَوْلَى، وفي هذا مسألتان: المسألة الأولى: فيمن استحقّ ذلك بافتراق الدارَيْن. والثّانية: في المسافة الّتي بها يحصل حكم الفراق.

*المسألة الأولى[2]:

فإذا أراد الأبُ أن يرتحل إلى بلد غير بلد سُكنَى الأمّ يريد السُّكنَى، فله أن يرتحل بولده معه، تزوجت الأمّ أم لم تتزوّج، وإن كان إنّما*[١] هو مسافرٌ يجيء ويذهب، فليس له أن يخرجهم عن الأمّ، قاله مالك: في «المُدَوَّنة»[3]. وقال في «الموَّازية»: وإن كان يَرْضَعُ ذكرًا كان أو أنثى. وكذلك لو كانوا كبارًا ما دام يقيم[٢]. قال: وكذلك لو تزوّج ببلدٍ فولد له، ففارق الزّوجة ثمّ أراد أن ينتقل به إلى حيث شاء، ما لم يكن موضعًا قريبًا لا ينقطع بغيبته خبرهم.

ووجه ذلك: أنّ كونهم مع أبيهم أحوط وأثبت للنّسب.

فرع:

قال[4]: «والوصيُّ في ذلك بمنزلةِ الأبِ، إذا[5] ارتحلَ فهو أحقّ بالصّبيان، وليس لأحدٍ منعهم من إخوة أو أعمام.

ووجه ذلك: أنّه النّاظر لهم دُونَهم ودون الحاضنة، ومالهم عنده، فكان كالأب».

---

(١) ما بين النّجمتين زيادة من المنتقى يقتضيها السياق.

(٢) م: «بينهم»، ف، جـ: «يليهم» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 189.

(2) هذه المسألة بفروعها مقتبسة من المنتقى: 6/ 189.

(3) 2/ 245 في ما جاء في حضانة الأمّ.

(4) أي الإمام الباجي في المنتقى: 6/ 189.

(5) هذا القول هو لأَصْبَغ عن ابن القاسم كما نصّ على ذلك الباجي.

فرع[1]:

والأولياءُ بمنزلةِ الأبِ في انتقالهم معه عن مكان الأمّ تزوّجت أم لا، قاله مالك.

ووجهه: أنّهم عَصَبَةٌ.

فرع[2]:

وإن أرادتِ الأمُّ الانتقالَ عن موضِع الأبِ والعَصَبَةِ، لم يكن لها ذلك؛ لأنّ مُفَارَقَةَ الطِّفلِ عَصَبَتَه في الدّار كانتقال العَصَبَة.

المسألة الثّانية[3]: في تقدير المسافة الّتي لا تأثير لها

فقال في «**المدوّنة**»[4]: ليس لها أن ترتحل بهم إلاّ البريد[5] ونحوه حيث يبلغ[6].

وقال ابنُ القاسم في «**الموّازية**»: ليس لها أن ترتحل بهم إلاّ مثل المرحلة والمرحلتين، وقاله مالك أيضًا.

وقيل[7]: ليس للأب(١) أن يرتحل أكثر من ستّة بُرُدٍ[8](٢).

وقال أشهب: ليس لها أن تنتقل به أكثر من ثلاثة بُرُدٍ.

فرع:

وهذا إذا كان الأب حرًّا، فإن كان عبدًا لم يكن له أن يَظْعَن[9] به، سواء كانت أُمّه حرّة أو أَمَة، قاله مالك في «**المدوّنة**»[10].

---

(١) م، ف، ج: «ليس لها وللأب» والمثبت من المنتقى.

(٢) «برد» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 189.

(2) هذا الفرع مقتبس من المصدر السابق.

(3) هذه المسألة بفروعها مقتبسة من المنتقى: 6/ 189 ـ 190.

(4) 2/ 45 في ما جاء في حضانة الأمّ.

(5) البريد: المسافة بين كلّ منزلتين من منازل الطّريق، وهي أميال اخْتُلِفَ في عددها.

(6) أي يبلغ الأب والأولياء خبرهم.

(7) قاله محمد بن المواز، نص على ذلك الباجي.

(8) ووجه هذا القول: أن ما دون ستّة بُرُدٍ ليس له حكم السّفر، وإنّما له حكم الحضر كالبريد.

(9) أي يسير ويرتحل.

(10) 2/ 246 في ما جاء في حضانة الأمّ.

فرع:

وإن كان الأب حرًا والأُمّ أَمَةً فعتق الابن، فالحضانة للأمّ، إلاّ أن تباع أو تنكح أو يظعن الأب، قاله مالك[1].

وأمّ الولد[2] فهل[١] لها حضانة إذا أُعتقت؟

قال[٢] ابن وهب[3]: لا حضانة لها.

وروى ابن القاسم في **«الموّازية»** و **«العُتبيّة»**[4]: أنّها أحقّ بالحضانة كالحرّة.

وقول ابن وَهْب عندي مبنيٌّ على أنّ الرِّقّ يمنعُ ولاية الحضانة، ولذلك ليس للعبد حضانة ابنه في الظَّعْنِ.

فرع:

فإن أعتقت على إن تركت[5] حضانة ولدها؟

فقد روى عيسى عن ابن القاسم[٣] أنّه يردّ إليها، بخلاف الحرّة تُصالحُ الزّوجَ على تسليم الولد إليه لا يلزمه[٤].

وروَى عنه أبو زَيْد؛ أنّ الشّرط لازم كالحُرَّة.

---

(١) «فهل» زيادة من المنتقى.

(٢) م، ف، جـ: «وقال» ولعلّ الصواب إسقاط الواو.

(٣) م، ف، جـ: «روى عن ابن القاسم عن مالك» والمثبت من المنتقى.

(٤) في المنتقى: «لأنه يلزمه».

....

(1) ووجهه: أنّه يلزم السّيِّد إباحة مراعاة ولدها؛ لأنّه كان عبده، فإذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه نفقته وسائر حقوقه، ولا يفرّق بينه وبينها لحقّ الرّقّ. فإن كان لحقّ الزّوجيّة بعد انقضاء أمد الرّقّ، فإنّ النّكاح يبطلها، وكذلك إذا بيعت فإنّه لا يلزم المشتري أن يؤويه معها.

(2) الموطوءة بملك اليمين.

(3) رواه عنه محمد بن الموّاز، نصّ على ذلك الباجي.

(4) 5/ 151 في سماع ابن القاسم من مالك، رواية سحنون، من كتاب أوّله أخذ يشرب خمرًا.

(5) كذا في النّسخ، ولعلّ الصواب: «على أن تترك».

باب
جامع القضاء وكراهيته[1]

قد تقدّم الكلامُ في كتاب القضاء[2] بما يُغْنِي عن[١] إعادتِه هٰهنا، غير أنّ ولاية القضاء خلافة الله في أرضه، ونيابة عن رسوله في شرعته[٢]، ومنزلة[٣] ذات خطرٍ مع ما فيها من الْخَطَر، ولذلك خَوَّفَ النّبيُّ ﷺ منها كثيراً، فقال: «مَنْ جُعِلَ بَيْنَ النَّاسِ قَاضِيًا، فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»[3].

القضاء في حال العبيد[4]

اعلم أنّ العبدَ له شرف الآدميَّةِ، خلَقَهُ الله حيًّا درَّاكًا، عاقلاً مُمَيِّزًا، فإذا آمنَ كَمُلَتْ درجتُه، بل في الحديث أنّها زادت على درجة الحُرّ، لقوله: «ثَلاَثَةٌ يُؤْتَونَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ» فذَكَرَهُ وقال: «عَبْدٌ أَدَّى حَقَّ اللَّهِ وَمَوَالِيهِ»[5] وهذا حقٌ مردُّهُ ربُّنا، لقوله ﷺ: «إِخْوَانُكُمْ خَوَلُكم، مَلَّكَكُم اللهُ رِقَابَهُمْ، أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ، وَاكْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ» الحديث[6].

فأخبر النّبيُّ عليه السّلام أنّ الأُخُوَّة والمِثْلِيَّة ثابتةٌ بين العبد وسيِّده، إلاّ أنّ درجته نقصت بمِلْكِ الرَّقَبَة.

وحقيقة ذلك ومعناه: أنّ للعبدِ ذِمَّةً، وذِمَّتُهُ لا سلطانَ للسَّيِّد عليها، والذّمُ معلومٌ، والذِّمَّةُ مجهولةٌ عند النّاسِ. وقد بيّنّا ذلك في «**مسائل الخلاف**» وأنّها عبارة عن كونِ العبدِ أهلاً للإيجابِ والاستحباب، وفي العبد التّصرُّف والانتفاع؛ وهو حقٌّ للسَّيِّدِ، ثبت فيه[٤]

---

(١) «عن» زيادة ليستقيم السياق.

(٢) في القبس: «شرعه».

(٣) في القبس: «ومنزلته».

(٤) في القبس: «له».

....

(1) انظره في القبس: 3/ 956.

(2) انظر صفحة: 210 وما بعدها من هذا الجزء.

(3) سبق تخريجه في التعليق رقم: 3 ، صفحة: 212 من هذا الجزء.

(4) انظره في القبس: 3/ 959.

(5) أخرجه البخاري (97)، ومسلم (154) من حديث أبي موسى الأشعري.

(6) أخرجه البخاري (30)، ومسلم (1661) من حديث أبي ذر الغفاري.

ثبوتاً رسخَ فيه(١) في الرَّقَبَة، وتميَّزَ به عن عَقْدِ الإجارة الثّابت في المنفعة.

فإذا فهم هذا، فكلُّ ما كان من الحقوق يتعلَّقُ بالماليّة والمنفعة فهو للسَّيِّد، وكلُّ ما كان من الحقوق يتعلّقُ بالدَّم والذِّمَّة فهو للعبد، إلا أنّه ممنوعٌ شرعًا أن يُلْقِيَ(٢) في دَمِهِ أو ذِمَّتِهِ معنًى يضرُّ بالسَّيِّدِ في ماليَّتِه، فإن فعل، فعلى شَكٍّ من القول الّذي يمكن ردّه(٣)، وما كان من الفعل الّذي لا يمكن ردُّه نَفَذَ(٤) واستوفَى حكمه، وإن تعدَّى إلى حقِّ السَّيِّد لكون الآدميَّة والدَّمَويَّة والذِّمِّيَّة أصولاً(٥)(1)، وعلى هذا النّوع تتركّب مسائل الفروع.

باب
القضاء في البيع الفاسد(2)

وهي مسألةٌ عظيمةٌ انفردَ بها الشّافعيُّ(3) دون مالك وأبي حنيفة(4)، وقَوِيَ عليهما فيها، فقال: إذا باع الرَّجلُ بيعاً فاسدًا واتّصل به القَبْض، فإنّه يردّ في كلّ وقتٍ(٦) وعلى كلّ حالٍ، لا يؤثّر فيه عيبٌ، ولا تمنع منه حَوَالَة الأسواق، ولا يتوقّف فيه بنَمَاءِ سِلْعَةٍ.

---

(١) في القبس «له» وفي القبس (ط. هجر) «به».

(٢) النسخ «يبقى» والمثبت من القبس.

(٣) في القبس: «... فإن فعل، فما كان من القول الّذي يمكن ردّه بطل...».

(٤) م، ف، ج: «بعد» والمثبت من القبس.

(٥) «أصولاً» زيادة من القبس.

(٦) م: «وجه».

....

(1) تتمّة الكلام كما في القبس: «والرِّقُّ فرعٌ، فظهرت الأصول إذا تعاضدت أحكامها بالفعل على حقّ السّيِّد».

(2) انظره في القبس: 3/ 955. وترجمة الباب كما هي في الموطأ: 2/ 317 «العيب في السّلعة وضمانها» يقول ابن عاشور في كشف المغطّى: 300 «كذا وقعت الترجمة في جميع الروايات، وقال ابن أبي الخصال عن أبي عمر: صوابُ هذه الترجمة: «باب الحكم في البيع الفاسد» في حاشية كتاب القاضي: هذه الترجمة لا يقتضيها ما في الباب، وإنّما يجب أن تترجم: «الحكم في البيع الفاسد في السّلعة وضمانها» اهـ من حاشية النّسخة المقابلة على نسخة ابن بشكوال» اهـ.

(3) انظر الحاوي الكبير: 5/ 245.

(4) انظر مختصر الطحاوي: 85.

وإن دخل[١] عليه عِتْقٌ أو بَيْع صحيحٌ نقض ذلك كلّه، ورجع كلّ ما دفع البائع والمبتاع إلى صاحبه؛ لأنّ كلّ ما ينبني[٢] على غير قاعدةٍ فهو وَاهٍ[1]. وهذا كلامٌ لا غبارَ عليه ولا مُعَارِضَ له. وقد تكلّمنا عليه معهم في «**كتب المسائل والخلاف**» فلينظر هنالك.

---

(١) في القبس: «ترتب».

(٢) ف: «بني»، القبس: «انبنى».

....

(1) تتمّة الكلام كما في القبس: «وقد قال النبيُّ ﷺ في الحديث الصحيح: من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ».

كتاب العِتْق

التّرجمة والعربيّة:

قال ثَعْلَب: يقال أعتق الغلام فهو مُعْتَق، وخُصَّتِ الرَّقَبَةُ بذلك لأنّها تملك الجسد كلّه. ومعنى أعتقه: أي جعله عتيقًا، والعَتِيقُ الكريمُ، والعتيقُ من كلّ شيءٍ: الكريمُ[1].

قال الإمام: فيه حديثُ ابنِ عُمَرَ[2]؛ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَّتَهُمْ[١]، وَعَتَقَ عَلَيْهِ[٢] الْعَبْدُ. وَإِلاَّ فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَاعَتَقَ».

وقد[3] رُوِيَ من غير طريق ابنِ عمر: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ اسْتُسْعِيَ الْعَبْد غَيْر مَشْقُوق»[4]، فتعلّقَ بذلك أهل العراق، وقالوا: إنّ جَميع العبدِ حرٌّ ويُستَسْعَى في قيمةِ نصيبِ الّذي لم يُعْتَق، ويقولون: إنّ قوله في الحديث: «فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» هو من كلام نافعٍ، وليس من الحديث ولا من لفظ النّبيّ[٣][5].

---

(١) في الموطأ: «حصصهم».

(٢) ف، ج: «عليهم».

(٣) ﷺ

....

(1) انظر إصلاح المنطق لابن السّكيت: 234، والزاهر لابن الأنباري: 2/ 188، والاقتضاب لليفرني: 88/ ب.

(2) أخرجه مالك في الموطأ (2240) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2240)، وسويد (420)، وابن القاسم (244)، ومحمد بن الحسن (840)، والقعنبي عند الجوهري (699)، والشافعي في مسنده: 194، والطباع، وحماد بن خالد، عند أحمد: 1/ 56، 2/ 156، والتنيسي عند البخاري (2522)، ويحيى بن يحيى النيسابوري عند مسلم (1501)، وعثمان بن عمر عند ابن ماجه (2528)، وحماد بن مسعدة عند ابن الجارود (970)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: 3/ 106.

(3) الكلام التالي مقتبس من تفسير الموطأ للبوني: 113/ ب.

(4) أخرجهُ البخاري (2527)، ومسلم (1503) من حديث أبي هريرة.

(5) تتمة الكلام كما في تفسير الموطأ «ويحتَجُون في ذلك؛ بأن أبا أيّوب قال في الحديث: لا أدري أهو في الحديث أم من كلام نافع. وقال الشافعيّ: مالك أثبتُ في نافع من أيوب».

وقيل في لفظِ: «وَإِلاَّ اسْتُسْعِيَ» من كلام قتادة؛ فإن صحَّ ذلك فعلى[١] النَّدْب، كما قال عزَّ وجلَّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[1].

وحديثُ ابن سِيرِينَ[2]؛ أنّ رجلاً في زمان[٢] رسول الله ﷺ أعتقَ عَبيدًا له سِتَّةً عند مَوْتِهِ، فأسهمَ رسولُ الله ﷺ بينهُم، فأعتقَ ثُلُثَ تلكَ العبيدِ.

قال مالك: وبلغني أنه لم يكن لذلك الرّجل مال غيرهم.

قال الإمام: هذا الحديث مُرْسَلٌ عند مالك[3]، وقد أسنده غير مالكٍ[4] فذكره عن ابن سِيرِين عن عِمْرَان بن حصين، أنّ النّبيَّ ﷺ أقرعَ بينهم.

مقدِّمة[5]:

اعلموا أنّ العِتْقَ من أفضل الأعمال وأعظم الْقُرُبَاتِ ثوابًا، جعَلَهُ الله مخلصًا[٣] للأرِقَّاءِ[٤] الذين ابتلاهم به عقوبة، فَمَنَّ عليهم بالعِتْقِ بعد ذلك نِعْمَةً خَلَّصَهُم بها، وآجَرَ المُتَوَلِّينَ له[٥] عليه. وللهِ تعالى عُتَقَاء، فأقربُ العبيد إليه من أعتق عبدًا بين يديه. قال النّبيُّ عليه السلام: «مَا مِن امْرِيءٍ مُسْلِم يعتقُ عَبْدًا مُسْلِمًا إلاَّ أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا مِنَ النَّارِ حَتَّى الْفَرْجَ بِالْفَرْجِ»[6] والآثارُ في فضيلة العِتْقِ كثيرةٌ، بيانُها في «الكتاب

---

(١) في تفسير الموطأ: «فمعناه».

(٢) جـ: «زمن».

(٣) ف: «مختصاً».

(٤) في النسخ: «لرقاب» والمثبت من القبس.

(٥) م، ف، جـ: «به» والمثبت من القبس.

....

(1) النور: 33.

(2) في الموطأ (2244 رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2720، 2721)، وسويد(422)، وانظر تعليق بشاد عواد معروف على موطأ يحيى.

(3) يقول ابن عبد البر في التمهيد: 23/ 414 «هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، وغير واحد. وتابعه طائفة من رواة الموطأ. ورونه أيضًا جماعة عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن غير واحد عن الحسن وابن سيرين مثله مرسلاً».

(4) انظر هذه الروايات المُسْنَدَة في التمهيد: 23/ 414 ـ 421.

(5) انظرها في القبس: 3/ 961.

(6) أخرجه البخاري (6715)، ومسلم (1509) من حديث أبي هريرة.

الكبير» إن شاء الله.

الأصول[1]:

وللعِتْق اسمان:

أحدهما: العتق.

والثّاني: الحريّة.

ولا خلافَ فيهما لكونهما صريحين غالبين في هذا الباب وَضعًا وعُرْفًا، ويلحق بهما قول الرَّجُل في عبده: هو لله.

والأصل في ذلك ـ أعني الحريّة ـ معانٍ: منها حديث أبي هريرة في الصّحيح حين هاجر إلى النّبي ﷺ مع عبده فبلغَ إليه دونه[2]، فبينما هو مع النّبيّ ﷺ إذْ طلع عليهم العبدُ، فقال النّبي ﷺ: «يا أبا هريرةَ، هاهو، فقال أبو هريرة: هُوَ حُرٌّ»[3]، وفي رواية: «هو لله»[4].

والصّحيح: أن قولَ القائلِ: «هو لله» ليس بصريح؛ لأنّه يحتمل وجوهًا سوى العِتْق، إلاّ أن يكون في سياق(١) الكلام ما يدلّ عليه، ألا ترى أنّه لو قال الرّجل في عبده: «هو حرّ» وأشار إلى حُسْن خُلُقِه لَقُبِلَ منه، حيث يدلّ البساط(٢) عليه.

وفي العِتْق كنايات كما فيه صرائح، وأشبهُ شيءٍ به في ذلك الطّلاق، ومن كناياته قول القائل لعبده: «هذا ابني» واختلف العلماء في ذلك.

فقال الشّافعيُّ[5]: لا يكون حرًّا وإن نَوَى العتق؛ لأنّه نيةٌ(٣) بغير(٤) لفظ.

---

(١) م، ج: «مساق».

(٢) ف: «النشاط».

(٣) في النسخ: «شبه» والمثبت من القبس.

(٤) ج: «لغير».

....

(1) انظر كلامه في الأصول في القبس: 3/ 961 ـ 962.

(2) تتمّة الحديث كما في القبس: «وقال [أبو هريرة]: أبق منّي».

(3) أخرجه البخاري (2531).

(4) أخرجها البخاري (2532).

(5) انظر الحاوي الكبير: 18/ 4.

وقال أبو حنيفة[1]: يكون عِتقًا وإن كان العبدُ أكبر سنًّا منه.

وتحقيقُ القولِ في المسألة وعمدتُها؛ أنّ الأعمال بالنِّيَّات، وإنّما يكفي من القول أدنى ما يقع به الفَهْم، ولذلك قامتِ الإشارةُ مقامَ العبارة، والكناية من القول مضافًا إلى النِّيَّة في الدَّلالة على المرادِ أبلغ من الإشارة.

الفقه في خمس مسائل:

المسألة الأولى[2]:

قوله[3]: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا[4] لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ[١]».

قال علماؤنا: قولُه: «فِي عَبْدٍ» دليلٌ على أنّ الأَمَةَ في معناه في الحكم المبيّن فيه قبل النَّظر إلى علّة الحكم، أو اعتبار النَّظِير بالنَّظِير.

وظنّتْ طائفةٌ من الجهلة أنّ الأَمَة إنّما تَبَيَّنَ منها هذا الحكم من قوله: «عَبْد» والعبدُ لفظٌ ينطلق على الذَّكَر والأُنثى، وهذا وإن كان يعضده[٢] الاشتقاق فلا نُسَلِّم أنّه يقتضيه الإطلاق، وقدِ اتّفقتِ الأُمَّةُ على أنّه لو قال: «عَبيدي أحرارٌ» لما دخل فيه الجواري.

المسألة الثّانية[5]:

قوله: «فَكَانَ لَهُ مَالٌ» بيانٌ أنّ المُعْتَقِينَ على ضربين: مُوسِرٌ. ومُعْسِرٌ.

فأمّا «المُوسِرُ» فقد تبيَّنَ حكمه.

وأمّا «المَعْسِرُ» فقد اختلف العلماء فيه:

فمنهم من قال: يبقى نصيبُ شَريكِهِ رقيقًا، وهم الأكثر.

ومنهم من قال: يُسْتَسْعَى العبدُ في قيمة سهم سَيِّده المتمسِّك بالرِّقِّ، قاله

---

(١) في القبس: «العبد».

(٢) في القبس: "يعطيه".

....

(1) انظر المبسوط: 7/ 66.

(2) انظرها في القبس: 3/ 962.

(3) في حديث الموطأ (2240) رواية يحيى.

(4) في الموطأ: «شِرْكًا» ولفظ «شقص» ورد في الصحيحين، وهو بمعنى النّصيب.

(5) انظرها في القبس: 3/ 962 ـ 963.

أبو حنيفة[1] وغيره. وتعلّقوا بالأثر والنظر.

أمّا النّظر: فهو الاعتبار بالكتابة(١)، وهو مَقْطَعٌ ضعيفٌ؛ لأنّ الكتابة(١) مخصوصة بحكمها، خارجة عن قواعد الشّريعة بنفسها، وقد بيّنّا أنّه لا يقاسُ على مخصوصٍ، ولا يقاسُ منصوص على منصوصٍ حسب ما تقدَم.

وأمّا الأثر: فرَوَى أبو هريرة عن النّبيّ ﷺ الحديث بعينه إلى قوله: «عتقَ الْعَبْد» زاد بعده(٢): «وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ»[2] هو من كلام الرّاوي.

المسألة الثّالثة[3]:

قوله: «قُوِّمَ عَلَيْهِ» هو بيانٌ لحكم(٣) الشّرعِ على الإطلاق، يتولاّهُ نائب الشّرع وخليفته إن اختلفوا.

وأمّا قوله: «قِيمَةُ عَدْلٍ» فقد قدّمنا لكم العدل ومعناه، فخذوا فيه نكتة، وذلك إذا قوّمها المتلف، ففي تقويمه تحريرٌ فَاتَ علماءَنا بيانُه، وهو أنّا نقول للمقوّم: قَوِّمْهُ مُشْتَرى غير مبيعٍ، ليقعَ الجبرُ لمن أتلف عليه على الكمال، وإلى هذا المعنى وقعتِ الإشارةُ بقوله: «قِيمَة عَدْلٍ» فافهموه.

المسألة الرّابعة[4]:

قوله: «وَعَتَقَ الْعَبْد» فاختلف العلماء، هل يعتق بنفس السّراية أو بعد التّقويم؟ وخرّجَ(٤) الشّافعيّ[5] قوله على أنّه يعتق بنفس السّراية، وهذا ضعيفٌ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ قال ما تقدَّمَ، فشرط في نفوذ العتق اليسر والتّقويم، لا سيّما وفي الصّحيح عن النّبيّ ﷺ أنّه

---

(١) م: «بالكناية... الكناية»

(٢) «زاد بعده» زيادة من القبس.

(٣) في النّسخ: «بحكم» والمثبت من القبس.

(٤) في القبس: «وجزم».

....

(1) انظر مختصر الطحاوي: 370، والمبسوط: 7/ 105.

(2) أخرجه البخاري (2492)، ومسلم (1503).

(3) انظرها في القبس: 3/ 964.

(4) انظرها في القبس: 3/ 964 ـ 965.

(5) انظر الحاوي الكبير: 18/ 4 ـ 5.

قال: «فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، ثُمَّ عتق عَلَيْهِ الْعَبْد»[1].

فإن قيل: أنتم لا تقولون بهذا الحديث؛ فإنّه لو قوّم عليه الحاكم نفذ العتق وإن لم يقبض الشّركاء شيئًا، فقد تركتم ظاهر الحديث.

قلنا: المراد بالتّقويم والإعطاء نفس التّحصيل بتَقْدِير الوجوب، لئلاّ يفوت الرّقّ على سيّد العبد ولا يأخذ له عِوَضًا، فإذا وقع الحُكْمُ بالقيمةِ استقرّتِ العوضيّة وتحقّق الجَبْر، وصارت صورة القبض حينئذٍ لا معنى لها، والأحكامُ إنّما تثبتُ بمعانيها لا بصُوَرِها. ولهذا قال علماؤنا: إنّه يقوّم العبد بكمال[١] الرّقّ لا مُبَعَّضًا[٢]، ولهذا قيل[٣]: إن التّقويم حقّ العبد، فإذا اختار السّيِّد العِتْقَ كان له. أمّا إنّه *قد اختلف علماؤنا فيما إذا رَضِيَ الشّريك بالتّقويم حالة العُسْرِ*[٤]، فقال[٥] محمد: ذلك له. وفي «الكتاب»: ليس له، وهو الأقوى من ظاهر[٦] الحديث.

وكذلك اختلفوا أيضًا إذا كان الشَّريكُ بالخِيَار فاختارَ العِتْق، لم يكن له رجوعٌ إلى التّقويم، فإن اختار التّقويم لم يكن له رجوعٌ إلى العِتْق، لأجل حقّ الأوّل في الولاء. وقال الأكثر من علمائنا: له الرّجوع إلى العِتْق؛ لأنّه تصرّف قبل الحُكْم.

وكذلك اختلفوا أيضًا[٧] إذا كان العبد مسلمًا والسّادة كفّارًا، هل يقضى بالتّقويم أو لا؟ والصّحيح[٨] أنّه[٩] يقضى به؛ لأنّه حُكْمٌ بين كافر ومسلم.

---

(١) في القبس: «على أنّه كامل».
(٢) ف: «منقصًا».
(٣) ف، ج: «قال»، وفي القبس: «قالوا».
(٤) ما بين النّجمتين زيادة من القبس يقتضيها السّياق، والراجح عندنا أنّها سقطت من الأصول الخطّيّة المعتمدة.
(٥) م، ف، ج: «قد قال» والمثبت من القبس.
(٦) م، ف، ج: «الأقوى وظاهر» والمثبت من القبس.
(٧) م، ج: «أيضًا اختلفوا».
(٨) م، ف، ج: «بالتقويم والأوّل الصّحيح» والمثبت من القبس.
(٩) م، ج: «لأنّه».

....

(1) سبق تخريجه. صفحة 500 من هذا الجزء.

المسألة الخامسة[1]:

قوله: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا» هذا(١) لفظٌ عامٌّ في كلِّ مُعْتَقٍ، فإن كان مسلمًا لمسلِمَيْن فأعتق أحدهما حصّته قُوِّمَ عليه(٢) الآخر(٣). وإن كان نصرانيًا لمسلِمَيْن فكذلك[2]، وكذلك إن كان مسلمًا لنَصْرَانِيَّيْنِ، قاله ابن الجلاّب[3]، وحكاه عبد الوهّاب[4] عنه، وحَكَى عن المذهب نفي التّقويم، قال[5]: ووجه ذلك: أنّ تكميل العِتْق من حقوق الله، والكفّار لا يؤخذون(٤) بذلك.

قال: ووجه إيجاب التّقويم: أنّ في تكميل العِتْق ثلاثة حقوق:

أحدها: لله.

والثّاني: للشّريك.

والثّالث: للعبد.

فيجب على هذا أن يُكمَّل على النّصرانيّ(٥) نصيبه[6] من العبد المسلم؛ لأنّه حكم بينَ نصرانيّ ومسلم.

فرع[7]:

فإن كان العبد نصرانيًا لمسلم ونصراني، فأعتق المسلمُ حصَّته(٦)، قُوِّمت عليه حصّة النّصراني.

---

(١) م، ف: «هو».
(٢) م، ف، ج: «على» والمثبت من المنتقى.
(٣) م: «الآخرين»، وفي المنتقى: «الباقي».
(٤) م، ف: «يؤجرون».
(٥) ج: «يكمل للنّصراني».
(٦) م، ج: «نصيبه».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 255 ـ 256.
(2) الّذي في المنتقى: «. . . لمسلمين فأعتق أحدهما حصّته، ففي الموازيّة وغيرها: يقوّم على المعتق منهما، وكذلك. . .».
(3) انظر التفريع: 2/ 21.
(4) في المعونة: 3/ 1439.
(5) في المعونة: 3/ 1438 ـ 1439.
(6) أي على النّصرانيّ المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم.
(7) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 256.

ولو أعتق النّصراني حصّته، فقال ابنُ القاسم: لا يقوّم عليه؛ لأنّه لو كان جميعه للنّصراني فأعتق جميعه أو بعضه لم يحكم عليه بعتقه، وبه قال سحنون.

وقال غيره: يقوّم عليه.

ووجه ذلك: أنّه حكم بين مسلم ونصراني فجاز.

فرع[1]:

ولو كان العبدُ لعبدٍ وحرٍّ، فأعتق العبد حصّته، ففي «**الموّازيّة**»: لا عِتْق له إلاّ بإذن السّيِّد، فإن أذن في ذلك قوّم في مال السّيِّد كان للعبد مالٌ أولا. وكذلك لو كان بغير إذنه ثمّ أجاز، وقال سحنون: في «**كتاب ابنه**»: ويستوعب ذلك[2] كلامٌ طويلٌ في الفروع أضربنا عنه.

باب
الشُّروط في العِتْقِ

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى[3]:

قال علماؤنا[4]: معنى هذا الباب: أنّ من بَتَّلَ عِتْق عبده[5]، فلا يجوز أن يشترط عليه عملاً؛ لأنّ ذلك بمنزلة أن يُبقِي عليه شيئًا[١] من الرِّقّ، وذلك مخالفٌ للمال يشترطه[٢] عليه. وقد قال محمّد عنه[6] فيمن قال لعبده: أنت حرٌّ وعليك كذا، فلم

(١) ويمكن أن تُقرأ: «أن يبقى عليه شيءٌ».

(٢) في المنتقى: «المشترط».

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 256.

(2) اختصر المؤلِّف هنا كلام الباجي، فاضطربت العبارة، ونصُّ المنتقى هو: «قال سحنون في كتاب ابنه: ويستوعب في ذلك مال السّيِّد وإن احتيج إلى بيع رقبة العبد».

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 263.

(4) المراد هو الإمام الباجي.

(5) ويكون ذلك التبتيل معجلا غير معلّقٍ بأجل ولا عمل.

(6) أي عن الإمام مالك.

يرض العبد، فذلك له[١] وإن كرِه، وبه قال ابن وهب وابن القاسم وعبد الملك، وهو قول ابن شهابٍ.

وقال ابن المُسَيِّب: هو حرٌّ ولا شيءَ عليه. قال ابن القاسم: وذلك أحبّ إليّ.

فرع[1]:

فإن شرط عليه عملاً، فإن كان قبل العِتْق لزم، قاله ابن القاسم. وأمّا إن كان بعد العِتْق، فقد قال ابن القاسم: إن قال له: أنت حرّ واحمل هذا العمود، فهو حرٌّ ولا شيءَ عليه وإن قدر على حمله. وكذلك إن قال: وَاخْدُمْني سَنَة، أو على ألاّ تفارقني، قال محمّد: هو حرٌّ وشرطُه باطلٌ[2].

ووَجهه: ما تقدّم من استثناء الرِّقّ.

المسألة الثانية[3]:

فإذا ثبت ذلك، فإنّ لفظ: «أنت حرّ وعليك كذا» هو المتَّفَقُ عليه من قول من يرى لزوم ذلك.

وأمّا قوله: أنت حرٌ[٢] على أن عليك كذا، فقال ابن الماجشون: اللّفظان سواء ويثبت فيهما الخيار.

ورَوَى محمد[٣] عن مالك التّسوية بينهما ولا خيار للعبد. وفرّق بينهما وبين قوله: «أنت حرّ على أن تؤدّي إليّ كذا وكذا» فقال: هذا لا يعتق حتّى يؤدّي.

ووجهه: أنّ الّذي قال: «على أنّ عليك» قد علّق العِتْق بشيءٍ *يتعجّل وهو ثبوت الدَّيْن في ذمّة العبد، والّذي قال: «على أن تؤدّي إليَّ» أو «على أن تعطيني» علّق العِتْق

---

(١) في المنتقى: «عليه».

(٢) «قوله: أنت حر» زيادة من المنتقى.

(٣) في المنتقى: «ابن القاسم» وهو الصّواب.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 263.

(2) في هذه الفقرة زيادة في موضع واختصار في موضع آخر، ونرى من المستحسن إيرادها كما هي في المنتقى: «وأما إن كان العمل بعد العتق، فقد قال ابن القاسم: إن قال لعبده أنت حرٌ واخدمني سنة، فهو حرّ ولا شيء عليه، وكذلك لو قال له: أنت حرٌ على أن لا تفارقني، قال محمد...».

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 263 ـ 264.

بشيءٍ*[١] لا يوجد إلاّ بمعنى مستأنف، وربّما تعجّل[٢] الأمد البعيد، وربّما تعذّر، فكان العتق يتأجّل بتأجُّله.

المسألة الثّالثة[1]:

فإن قال لأَمَتِهِ: أنتِ حرّة على أن تُسْلِمِي، فقد قال ابنُ حبيب عن أَصْبَغ: إنْ أَبَتْ فلا حريّة لها، كقوله: إن شئت، وليس كقوله[٣]: أنت حرّة على أن تنكحي فلانًا، ثم تَأْبَى، فإنّ العتق مَاضٍ، والفرقُ بينهما: أنّها رضيت بذلك، فبنفس العِتْق تكون مسلمة، كقوله: على أنّ عليك عشرة[2]، وقوله: على أنْ تنكحيَ، إنّما شرط عليها عملاً بعد تمام العَقْد يصحُّ[٤] أن يتأخر الزّمن الطّويل[3]، وهذا تأخر، فكان بمنزلة أن يشترط عليها عملاً أو خدمة.

باب
من أعتق رقيقًا لا يملك مالاً غيرهم

الإسناد[4]:

قال الإمام: هذا الحديث مُرْسَلٌ[5]، وقد أَسْنَدَهُ مسلم[6] من رواية إسماعيل بن عُلَيَّة، عن أيّوب، عن أبي قلابة، عن أبي المهلّب، عن عمران بن الحصين.

---

(١) ما بين النّجمتين مستدرك من المنتقى لسقوطه من الأصول المعتمدة.

(٢) م، ف، ج: «تأجل» والمثبت من المنتقى.

(٣) «إن شئت وليس كقوله» زيادة من المنتقى.

(٤) م: «فصحّ».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 264.

(2) أي عشرة دنانير.

(3) وهو إباحة بعضها وقبول الزّوج.

(4) كلامه في الإسناد مقتبس من المنتقى: 6/ 264.

(5) سبق الكلام على الحديث صفحة: 501 والتعليق رقم: 2 ، وانظر الاستذكار: 23/ 136 ـ 139.

(6) في صحيحه (1668).

الفقه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى[1]:

قال علماؤنا[2]: تستعملُ القُرعة فيما جاء فيه الخبر من العِتْق في المرض(١) أو الوصية به في جملة[3] يضيق ثُلُثه عنهم، وكذلك في المجهولين من جملة(١) إذا كان في مرضه أو وصيّة. ولا يُسهم بين المدبرين في الصِّحَّة؛ لأنّا لا نعدو ما جاء فيه الخبر.

ولفظ ما روى مالك: «أَعْتَقَ أَعْبُدًا(٢)» ظاهره بَتْلُهم عند موته، وظاهر ذلك المرض، وإن كان يجوز أن يكون في الصِّحة ويريد به القُرْبَة.

المسألة الثانية[4]:

وأمّا الوصيّة بعتقهم، فلا خلاف في المذهب أنّه يقرع بينهم. وأمّا إن بتلهم في المرض، فرَوَى محمّد عن ابن القاسم؛ أنّه يُقرَع بينهم. وقال أَصْبَغ والحارث: يعتق من كلِّ واحدٍ بغير سَهْمٍ وإنّما السَّهمُ في الوصيَّةِ.

تبيين[5]:

قال الإمام الحافظ: وإنّما وجب الاختلافُ في هذا، لإشكالٍ وقع في الحديث الثّاني حديث الثّقفي أنّه أَوْصَى بعتقهم، وهذا أسهم وأقرع بينهم[6].

فوجه الأوّل: أنّ العِتْقَ في المرض خارج من الثُّلُثِ كالوصيّة.

---

(١) م، ف، ج: «الموصي» والمثبت من المنتقى.

(٢) ف، ج: «عبدًا».

....

(1) الفقرة الأولى من هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 264 ـ 265.

(2) المراد هو الإمام الباجي.

(3) أي من جملة رقيق.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 265.

(5) هذا التبيين مقتبس من المنتقى: 6/ 265.

(6) العبارة كما وردت في المنتقى هي: «وإنّما وجب الاختلاف في هذا لاختلاف لفظ الحديث، ففي حديث عبد الوهّاب أنّ ما حكم فيه النبيّ ﷺ بالقرعة إنّما كان في وصية الأنصاري بعتق ستّة أعبد، وَرَوَى إسماعيل بن علية وحماد بن زيد أنه أعتقهم عند موته، وذلك يحتمل إيقاع العتق بالقرب من وقت موته، وظاهره حال المرض، ويحتمل أن يريد به بعد موته».

ووجه الثّاني: أنّه عِتْقٌ لا رجوعَ له فيه، كالعِتْق في الصحّة.

وإذا قلنا: تُستعمَل القُرعة في العِتْقِ، فقد رُوِيَ عن ابن نافع[1]: لا يسهم بينهم إذا كان للمالك مالٌ، وإنّما ذلك إذا لم يكن له غيرهم[2]. وإنّما أسهمَ النّبيُّ ﷺ بين السِّتَّة لأنّه لم يكن له مالٌ سواهم.

المسألة الثّالثة[3]:

قال[4]: ومن أعتق في صحَّتِه، فقال مالك وابن القاسم: لا يسهم في عِتْق الصِّحَّة، ومعنى ذلك: أن يعتق جميع رقيقه في الصحّة؛ لأنّ[١] ذلك ينفذ.

مال العبد إذا أعتق

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[5]:

قوله[6]: «مَضَتِ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ»: يريد أنّه لا يكون له انتزاعه[7] منه إذا أعتقه، ولم يستثن ماله ولا شيء منه؛ لأن لفظ العِتْق لم يتناول ماله، وإنّما قوّى ملكه له، بخلاف البَيْع فإنّه وإن كان[٢] لا يتناول أيضًا إلاّ العبد دون ماله، فإنّه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله ما للأوّل، فكان الأوّل أحقّ به؛ لأنّ بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه، وذلك جائز له.

(١) م، ف، جـ: «أن» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، جـ: «فإن كان» والمثبت من المنتقى.

(1) هي رواية عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى عنه، نصّ على ذلك الباجي.

(2) في المنتقى: «إذا كان للمالك شيء من مال. وأمّا السّهمان إذا لم يكن للمالك إلاّ ذلك الرّقيق فقط».

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 266.

(4) القائل هو الإمام الباجي.

(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 267.

(6) أي قول ابن شهاب في الموطأ (2246) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2723)، وسويد (423).

(7) أي لا يكون للسيّد انتزاع مال العبد.

المسألة الثّانية[1]:

هذا حكم عتقه المباشر البتل والوصيّة؛ لأنّ الوصيّة بالعِتْقِ عِتْقٌ[2].

وقال أشهب: ليس للوارث أو الورثة انتزاع مال الموصى بعِتْقِهِ قبلَ إنفاذ عتقه، إن كان العِتْق معجَّلاً. وإن كان مؤجَّلاً بعد الموت، فلهم انتزاعه ما لم يقرب الأجل، وبه قال محمّد.

وقال ابن عبد الحكم: ليس لهم ذلك.

ووجه الأوّل: ما احتجّ به محمّد؛ أنّ حكم الورثة حكم الموروث[١][3].

باب
عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة

الفقه في خمس مسائل:

المسألة الأولى[4]:

قوله[5]: «لاَ يَبِيعُهَا وَلاَ يَهَبُهَا وَلاَ يُوَرِّثُهَا». هو كما قال، وعليه فقهاء الأمصار، وقد تقدَّمت الإشارة إليه.

المسألة الثّانية[6]:

وإذا أسلمت أم ولد الذّميّ، عرض عليه أن يُسْلِم، فإن أسلم فهي على ما كانت، وإن لم يُسْلِم ففي «**الموازية**»: تعتق عليه بالحكم[٢]، وهو قول مالك وأصحابه.

---

(١) م، ف، ج: «الوارث» والمثبت من المنتقى.

(٢) م، ف، ج: «لا يحكم» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 267.

(2) فيلزم أن يتبع المال المعتق.

(3) فمن أعتق عبده إلى أجلٍ كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل، فكذلك ورثة المعتق إلى أجل.

(4) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 268.

(5) أي قول عمر في الموطأ (2248) رواية يحيى، ورواه عن مالك (2728)، وسويد (424)، ومحمد بن الحسن (799).

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 268.

وفي «كتاب ابن[١] سحنون»: عن مالك في ذلك روايتان؛ قال: تُعتق، ثم قال: تُوقف إلى أن يموت أو يُسْلِم، ثم رجع إلى العِتْق.

ورَوَى ابن حبيب عن ابنِ الماجِشُون: إن أنفق عليها وقفت حتّى يموت، أو يُسلِم فتكون أمّ ولد.

وقال ابن عبد الحَكَم: تُوقف حتّى تحيض حيضة، فإن أسلم فيها وإلاّ عُتقَت.

ووجه القول الأوّل بتعجيل عِتْقِها: أنّه إنّما له فيها الاستمتاع، فإذا حرم عليه عجل عتقها. ألا ترى[٢] أنّ المُعْتَق إلى أجلٍ إذا وهب سيّده عِتْقَه عجّل[٣] عتقه لَمَّا لم يبق له فيه تصرُّف.

ووجه القول الثّاني: أنّه لم يحرّم عليه الاستمتاع بها على التّأبيد، وإنّما حرم بسببٍ يمكن زوالُه كما لو زَوَّجَها.

المسألة الثالثة[1]:

وأمّا المرتدّ، فقال أشهب: قد عتقت أمّ ولده بالرِّدَّة، فلا تردّ إليه كفراقه زوجته.

وقال ابنُ القاسم: تحرم عليه بالرِّدَّة، فإن تاب رجعت أمّ وَلَدٍ له، وإن قتل عتقت، رواه محمّد عنه.

ووجه[2] ما احتَجَّ به: من قياسه على الطّلاق.

ووجه الثّاني: أنها مِلْكٌ له فلا تزول بِرِدَّتِه، وإنّما تبقَى مراعاة كسائر رقيقه.

وقوله[3]: «يَسْتَمْتِعُ بِها»[٤] يدلُّ على أنّ له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع؛ لأنّ اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كلّه، ولم يذكر أنّ[٥] له استخدامها.

---

(١) «ابن» زيادة من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «إلى أن يرى».

(٣) في المنتقى: «إذا وهبه سيّده خدمته عجّل».

(٤) م، ف، ج: «يستمتع أو ثمنها» والمثبت من المنتقى.

(٥) «أن» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 268 ـ 269.

(2) أي وجه قول أشهب.

(3) أي قول عمر في الموطأ (2248) رواية يحيى.

وقال عبد الوهّاب في «معونته»[1]: «له استخدامها فيما يقرب».

وقال في «الإشراف»[2]: «ليس له إجازتها، خلافًا لأبي حنيفة[3] والشّافعي[4].

ودليلنا: أنّه نوع من المعاوضة كان يملكه عليها قبل الاستيلاد[5]، فلم يملكه بعده[١] كبيع رقبتها».

المسألة الرّابعة[6]:

قوله[7]: «فَضَرَبَهَا سَيِّدُهَا بِنَارٍ» الإصابة بالنّار على ضربين:

أحدهما: العَمْد.

والثّاني: الخطأ.

أمّا «العَمْد» فمُؤثِّر في إيجاب[٢] العِتْق.

وأمّا «الخطأ» فليس بمُؤثِّر فيه.

وفي «العُتْبِيَّة»[8] عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده بسوط في أمرٍ عتبَ عليه ففقأ عينه، قال: لا يُعْتَق عليه. قال: وإنّما يعتق بما كان على وجه العَمْد، يريد أن يقصد فقء عينه. وأمّا إن ضربه فأخطأ فأصاب عينه، فلا يعتق عليه.

قال سحنون: ولو ضرب رأسه فنزل الماء في عَيْنَيه، فليس بمثله يعتق بها.

ووجهه: ما قدّمناه[9].

---

(١) م، ف، ج: «بعد» والمثبت من الإشراف والمعونة.

(٢) في المنتقى: «إيجاز».

....

(1) 3/ 1489.

(2) 2/ 315.

(3) انظر المبسوط: 7/ 62 ـ 63.

(4) انظر الحاوي الكبير: 18/ 320.

(5) أي قبل ثبوت حرمة الاستيلاد.

(6) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 269.

(7) أي قول عمر في الموطأ (2249) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2729)، وسويد (424).

(8) 14/ 434 في سماع ابن القاسم من مالك، من كتاب البزّ.

(9) وهو أنّه لم يقصد إلى ذلك، وإنّما قصد الضرب فقط.

المسألة الخامسة[1]:

وأمّا «العَمْد» وهو القصد إلى إتلاف عُضوٍ أو إحداث ما يتولّد عنه الشّين، فعلى ضربين:

1 ـ ضرب يبلغُ به شيْنًا فاحشًا، فهذا يعتق به عليه[2].

2 ـ وإن لم يبلغ ذلك لم يعتق، وإنّما يعتق باجتماع[١] أمرين: العمد، وبلوغ الشَّيْنِ الفاحش، قاله عيسى، ورواه محمّد عن أشهب.

وقال أبو حنيفة والشّافعيّ: لا يعتق عليه في شيءٍ من ذلك.

وتعلّق أصحابنا بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَنْ مثَّل بِعَبْدِهِ عتق عَلَيْهِ»[3].

قال الإمام[4]: ولم أره من وجهٍ صحيحٍ.

وأمّا من جهة المعنى، قال عبد الوهّاب[5]: يعتق عليه زَجْرًا عن مُعاودةِ مثله، كالقاتل عَمْدًا يُمنعُ الميراث.

المسألة السّادسة:

إذا ثبت العِتْق بالمثلة، فقد قال عبد الوهّاب[6] في كيفيّةِ العِتْق روايتان:

إحداهما: أنّه يقع بالمثلة[7].

والثّانية: لا يقع إلاّ بالحكم.

---

(١) م، ف، جـ: «باحتجاج» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 269.

(2) أي على فاعله المالك له.

(3) ورد بهذا اللفظ في كتب الفقهاء، انظر على سبيل المثال: المعونة: 3/ 1445، ورواه ابن عدي في الكامل: 2/ 377، والحاكم: 4/ 409 (ط. عطا) بلفظ: «من مثل بعبده فهو حرٌّ» عن عمر عند ابن عدي، وعن ابن عمر عند الحاكم.

(4) الكلام هو للإمام الباجي.

(5) في المعونة: 3/ 1445.

(6) في المعونة: 3/ 1445.

(7) أي أنّه يعتق عليه بنفس المثلة.

فرع[1]:

فلو أَبِقَ العبدُ، فوسم في وجهه أو جبهته وكتب فيه آبق، فقال أشهب وابن وهب وأَصْبَغ: يُعْتَق عليه. قال أصبغ: فأمّا لو فعله في ذراعه أو باطن جَسَدِه، لم يعتق عليه. ومعنى ذلك: لما[١] في الوجه من التّشويه البَيِّن، وأما في باطن الجَسَد فليس فيه شيءٌ[2].

فرع[3]:

ومن قطع يَدَ عَبْدِهِ[٢] أو أذنه، عتق عليه ويُعاقَب، قال أَشْهَب: ويُسجَن[4]. وهذا فيما يبين من الأعضاء.

فرع[5]:

وأمّا قلع الضّرس، فعن مالك أنّه مُثْلَةٌ يُوجبُ العِتْقَ[6].

فرع[7]:

وأما حَلْق الرّأس واللّحية، فرُوِيَ عن ابن المَاجِشُون[8] عن مالك: ليس ذلك بمُثْلَةٍ. وقال ابن الموّاز عن ابن وَهْب: ويُؤَدَّب. والفروعُ في هذا الباب كثيرة جدًّا.

---

(١) في القبس: «ابتداء». (٢) ف: «القرضية»، جـ: «الفريضة».

(٣) في الموطأ والقبس: «توقنين».

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 269.

(2) عبارة الباجي كما في المنتقى: «. . . الجسد فهو حرقٌ قليل وليس فيه شين فاحش».

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 269 ـ 270.

(4) ووجه هذا: أنّه أتى على وجه العمد ما فيه نقص من الخِلْقَة وشَيْن فيعتق به.

(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 270.

(6) هي رواية محمد بن الموّاز عن أشهب عن مالك في قلع الأسنان، نصّ على ذلك الباجي.

(7) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 270.

(8) هي رواية ابن حبيب عنه، نصّ على ذلك الباجي.

باب
ما يجوز من العتق في الرّقاب الواجبة

الأصول[1]:

قال الإمام: أمّا العِتْق المبتدأ(١)، فلا خلاف فيه أنّه يجوز فيه عِتْق الكافر والمسلم، حتّى قال مالك: إنّ عِتْق الكافر ابتداءً أفضل من عِتْق المسلم إذا كان أكثر ثمنًا، للحديث الصّحيح؛ أنّ النّبيّ ﷺ سُئل أيُّ الرّقاب أفضل؟ قال: «أَغْلاَهَا ثَمَنًا وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»[2]. وخالفه أَصْبَغ وأصاب، فليس النّظر إلى تنقيص الملك على المعتق، وإنّما النّظرُ إلى تخليص المملوك من الرّقّ وتفريغه لعبادة الله، وثواب المُعْتِق بتخليص كلّ عضوٍ منه عضوًا من النّار. والكافر ليس بمحلٍّ للتّخليص؛ لأنّه من أهل النّار.

وأمّا الواجب، فالجمهور على أنّ الكافر لا يجزىء فيه.

وقال أبو حنيفة[3]: يجزىءُ الكافر عن فَرْض العِتْق، كما يُجزىء المؤمن، لانطلاق اسم الرّقبة عليه إلاّ في القتل؛ لأنّ الله تعالى نصّ على الإيمان فيه.

وهذا لا يصحّ؛ لأنّ الكافر ليس بِمَحَلٍّ للقُرَبِ الفَرْضِيّة(٢)، ولذلك لا يجوز أن يُعطَى من الزّكاة الفَرْضِيّة(٢).

وقد احتجّ مالك[4] بحديث الْجَارِيَةِ الَّتِي أَرَادَ الأَنْصَارِيُّ عِتْقَهَا، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ: «أَيْنَ اللَّهُ؟ فَقَالَتْ: فِي السَّمَاءِ. فَقَالَ لَهَا: مَنْ أَنَا؟ فَقَالَتْ: أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ. قَالَ: أَعْتِقْهَا»، فأعتقها، فلم يأمره النّبيّ ﷺ بعتقها حتّى اعتبر حالها بالإيمان، ولو أجزأ الكافر لأمره بعتقها. وكذلك قال في حديث السّوداء[5]: «أَتَشْهَدِينَ أَنْ لاَ إِله إِلاَّ اللهُ؟ وَأَنَّ

---

(١) في القبس: «ابتداءً».
(٢) ف: «القرضية»، ج: «الفريضة».

---

(1) انظر كلامه في الأصول في القبس: 3/ 965 ـ 967.
(2) أخرجه مالك في الموطأ (2263) رواية يحيى.
(3) انظر مختصر الطحاوي: 213.
(4) في الموطأ (2251) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2730)، وسويد (425)، وابن القاسم (485)، وقتيبة بن سعيد عند الجوهري (737)، وعند النسائي في الكبرى(7756)، والشافعي في الرسالة (242)، وابن وهب عند البيهقي: 10/ 57.
(5) الذي أخرجه مالك في الموطأ (2252) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2731)، وسويد (426)، وانظر تعليق بشار عواد معروف على موطأ يحيى.

مُحَمّدًا رَسُولُ اللهِ، وَتُؤْمِنِينَ[١] بِالْبَعْثِ؟ قَالَتْ: نَعَمْ». ذلك كلّه ليُبيِّنَ عليه السّلام شرط الإيمان وحقيقته.

فإن قيل: فهل يثبتُ الإيمانُ عندكم بهذه الصّفات الّتي اعتبرها النّبيّ ﷺ *أم بغيرها؟

قلنا: يثبت الإيمان بما أثبته النّبيّ ﷺ*[٢] وهي شهادة الحقّ: لا[٣] إله إلاّ الله، محمّد رسولُ الله، والنّبيُّ عليه السّلام قد اختبر[٤] هذا كلّه من حالها، وعلم من حالها أنّها كانت متعلّقة بمعبودٍ في الأرض، فأراد أن يقطع علاقة قلبها بكلّ إلهٍ في الأرض.

اعتراض[1]:

فإن قيل: فقد قال لها: أين الله؟ وأنتم لا تقولون بالأَيْنِيَّة والمكان.

قلنا: أمّا المكان فلا نقول به، وأمّا السّؤال عن الله بِأَيْنَ فنقول بها؛ لأنّها عن المكان وعن المكانة الّتي يُسأل عنه[٥] بأين، ولم يجز أن يريد المكان؛ لأنّه محالٌ عليه.

وأمّا قوله للجارية الثّانية: «أَتُؤْمِنِينَ[٦] بِالْبَعْثِ؟» وهو الموت وما بعده، فعَلِم أيضًا من حالها ما دعاه إلى أنْ يسألها هل تعتقدُ الدّار الآخرة وتؤمن بها وأنّها المقصودة، وأنّ هذه الدّار الدّنيا قنطرةٌ إليها، فإنَّ مَن عَلِمَ ذلك وبَنَى عليه، صحَّ اعتقادُه وسلِمَ عَمَلُهُ.

وأمّا[2] قولها: «فِي السَّمَاءِ» فإنّها أرادت[3] وَصْفه بالعُلُوّ، ولذلك يقالُ: فلان في السّماء، بمعنى عُلُوّه وشَرَفه.

وأمّا قوله: «مَنْ أَنَا؟ فَقَالَتْ: رَسُولُ اللَّهِ» يقتضي أنّ الإيمان لا يتبعَّض ولا يصحّ

---

(١) في الموطأ والقبس: «توقنين».

(٢) ما بين النّجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، واستدركناه من القبس.

(٣) م: «الا».

(٤) م، ف، جـ: «اعتبر» والمثبت من القبس.

(٥) في القبس: «عنها».

(٦) في القبس: «أتوقنين».

....

(1) انظر القسم الأوّل من هذا الاعتراض - إلى قوله: وسلم عمله - في القبس: 3/ 967.

(2) من هنا إلى بداية المسألة اللاحقة اقتبسه المؤلف من المنتقى: 6/ 274.

(3) عبارة الباجي في المنتقى: «لعلّها تريد وصفه» فتنبّه.

الإيمان بالله مع الكفر بمحمّد.

وقوله ﷺ: «أَعْتِقْهَا» يقتضي أنّ الإيمان يحصل بالإقرار وإن لم يقترن به نظرٌ ولا استدلالٌ، قاله القاضي أبو جعفر السِّمْنَانِيّ[1].

وكذلك إذا أتى(١) من يُؤْمِن(٢)، أَخَذْنا عليه الشّهادتين، فإذا أَقَرَّ بِهما حَكَمْنَا بإيمانه ولم نسأله عن نظره، وإن كنّا نأمره بذلك بعد إيمانه.

مسألة[2]:

أدخل مالك في هذا الباب عِتْق الزّانية وابن الزّاني، وأدخل عليه حديث النّبيّ ﷺ في جواب السّائل عن الرِّقاب أغلاها ثمنًا.

ووجه النّظر في ذلك: أنّ الكافر لا يجزىء بحالٍ، والمطيع أفضل من العاصي ولا سيّما الزّانيَة، والزّناةُ مُتَوَعَّدُونَ بالنّار، فكان عتْق المطيع أفضل، ولكن أصل الإيمان يجزىء؛ لأنّ المعاصي عندنا لا تسلب الإيمان.

وأمّا ذِكْرُهُ ولد الزّنا، فإنّما قصد به أن يُبَيِّن به أنّ العَيْبَ إذا لم يكن في البَدَن، لا يؤثِّر في العِتْق وإن نقص من القيمة.

وقال القاضي أبو الوليد[3] فيمن وجب عليه عتق: «أجزأه أن يعتقه[4] في ذلك؛ لأنّ ذلك النّقص لا يختصُّ به، وإنّما يختصُّ بِنَسَبِهِ، وذلك غير مأثورٍ في العِتْق، كما لو كان أَبَوَاهُ مجوسيَّيْن.

وقال زيد بن أسلم: هو خير الثّلاثة ولم يعمل سُوءًا: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[5].

---

(١) ج: «أوتي».

(٢) في المنتقى: «وكذلك كلّ من أتى ليؤمن» وهي أسدّ.

....

(1) هو المتكلم المشهور، أحمد بن محمد، المتوفى سنة: 444، انظر أخباره في تبيين كذب المفتري لابن عساكر: 259، وسير أعلام النبلاء: 18/ 304.

(2) انظر القسم الأول من هذه المسألة – إلى قوله: وإن نقص من القيمة – في القبس: 3/ 967 - 968.

(3) في المنتقى: 6/ 274.

(4) أي يعتق ولد الزّنا.

(5) فاطر: 18.

وقال ربيعة: إنّي أجدُ في الإسلام شأنه تامًّا[1].

وقد روى في «**العُتْبِيَّة**»[2] أشهب عن مالك: أحبّ إليّ ألا يعتق ولد الزّنا في الرّقاب الواجبة».

باب
ما لا يجوز في الرقاب الواجبة[3]

قال الإمام: مُعَوَّلُ هذا الباب على أصلين:

أحدهما: كمالُ الرِّقّ في العبد.

الثّاني: سلامته عن العيب.

وبهذا قال الجمهور، إلاّ أبا حنيفة[4] فإنّه قال: يجوز المعيبُ في الكفّارة، ويجزىء[١] فيها المكاتَب والْمُدَبَّر؛ لأنّ الله تعالى قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[5] وكلّ هؤلاء رقبة.

قلنا: أمّا المكاتَبُ والْمُدَبَّر، فليسا برقبةٍ، ولا يصحّ أن يتناولهما اللّفظ؛ لأنّه لا يقدر على بيعهما، فقد تزعزع ملكُه وتخلخلت ماليّتُهُ. فنقول: رقبةٌ ناقصةٌ لا يجوز له بيعها، فلا يجوز له عتقها كأمّ الولد، وقد مهّدنا ذلك في «**مسائل الخلاف**».

وأمّا المعيبُ، فكيف يصحُّ لأبي حنيفة[6] أن يجعلَ الأعمى رقبة؟ وهذا يُوجِبُ جميع القِيمَة على من أخرج عينه[٢]، فكيف يجعل *الأعمى رقبة، وهو يوجب جيع القيمة على من أخرج عينيه فكيف يجعَلُ*[٣] الرَّقَبة ذاهبة في حقّ الإتلاف، موجودة في حقِّ العِتْقِ فيكون حرًّا[٤]؟ بل لو قاله بالعكس كان أَوْلَى.

---

(١) في النسخ: "يجري" والمثبت من القبس (ط. هجر).

(٢) م، ف، ج: «عينيه» والمثبت من القبس.

(٣) ما بين النجمتين ساقط من النسخ، واستدركناه من القبس (ط. هجر).

(٤) في القبس: «. . . العتق، هذا بعيد جدًّا».

....

(1) أورد ابن رشد في البيان والتحصيل: 14/ 483 قول ربيعة، بلفظ: «إنّي لا أجد» فليحرّر.

(2) 14/ 481 في سماع أشهب وابن نافع من مالك، رواية سحنون، من كتاب العتق.

(3) انظره في القبس: 3/ 968.

(4) انظر مختصر الطحاوي: 213، 307.

(5) النساء: 92.

(6) انظر مختصر الطحاوي: 213.

باب
الولاء ومصيره لمن أعتق

الأصول[1]:

الولاءُ كما جاء في الحديث: «لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[2]؛ لأنّه أخرجه بالحرِّيّة إلى الوجود حُكْمًا، كما أخرجه الأب من النُّطفة إلى الوجودِ حِسًّا، فإنَّ العبدَ كان معدومًا في حقِّ الأحكام شرعًا، لا يَشْهَد ولا يقضِي ولا يَؤُمُّ ولا يحجّ ولا يُعطِي، ﴿عبدًا مملوكًا لا يقدِرُ على شيءٍ﴾[3]، فأخرجه الله بالحرِّيَّة على يَدَيْ سيّده عن عدم هذه الأحكام إلى وجودها، كما أخرجه إلى يدي أبيه بالنُّطفة إلى الوجود، والكلُّ لله خَلْقًا وحُكْمًا، وله الحِكْمَة في هذا النَّسَب والإضافة[(١)]، ولمّا أثبته لُحمة[(٢)] كلُحمة النَّسَب وأَجْرَاهُ مُجْرَى البَعْضِيَّة، نَاطَهُ بالعِتْق خاصَّة، فقال: «إِنَّما الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» في حديث بَرِيرة الصّحيح[4].

وقال أبو عبد الله المازَرِيّ في «الْمُعلِم»[5] له: «في حديث بَرِيرَة فوائد كثيرة» ومسائل عظيمة:

أوّل ذلك: في هذا الحديث مكاتَبَةُ من ليس له مال.

الثانية[6]: فيه ما يدلُّ على أنّ الخير الّذي ذكره الله في كتابه هو العفاف، في قوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[7] أراد العفاف ولم يُرِد المال.

---

(١) م، ف، ج: «السبب والإصابة»، والمثبت من القبس.
(٢) م، ف، ج: «أثبت لحمته»، والمثبت من القبس.

....

(1) انظر الفقرة الأولى في القبس: 3/ 968 ـ 969.
(2) أخرجه الشافعي في مسنده: 338، وابن حبّان (4950)، والحاكم: 4/ 379 (ط. عطا) وقال: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» كلهم من حديث أبي يوسف القاضي، عن عبد الله ابن دينار، عن ابن عمر. وانظر تلخيص الحبير: 4/ 213.
(3) النحل: 75
(4) رواه مالك في الموطأ (2267) رواية يحيى، والبخاري (2535)، ومسلمٌ (1506).
(5) 2/ 146.
(6) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.
(7) النور: 33. وانظر الأحكام: 3/ 1383.

الثّالثة[1]: فيه جواز السُّؤال للمُكَاتَب للعون على كتابته.

الرّابعة[2]: فيه أنّ المسؤولَ ليس عليه فرضٌ يعطي السّائل إذا لم يخف عليه الهَلَكَة من موتٍ أو أسْرٍ[١].

الخامسة[3]: فيه أنّ أزواج النّبيّ عليه السّلام كنّ يشرين[٢] من غير أن يستأذنّ النّبيّ ﷺ، وقبل أن يأمرهنّ.

السّادسة[4]: فيه أنّه ليس على سيّد المُكَاتَب أن يضع عنه إلاّ أن يشاء.

السّابعة[5]: فيه فسخ الكتابة للبَيْع على العِتْق. وقال بعض أصحاب مالك: إنّ بريرة كانت عجزت، وهذه دَعْوَى، والحديث يدلُّ على خلافه؛ فإنّ العجزَ إنّما يكون عند الحاكِم[6].

الثّامنة[7]: وفيه أنّ رسول الله ﷺ كان إذا أراد أن يعاقب[٣] في أمرٍ يكون تأديبًا لمن عاقبه[1]، يخطبُ النّاسَ قائمًا، ليكون ذلك أثبت في قلوبهم. ومعاقبة النّبيّ ﷺ إيّاهم بأن حرمهم الولاء إذا قدموا على ذلك قبل أن يسألوه وهو بين أَظْهُرِهِم.

التّاسعة[8]: قوله[9]: «وَإِنْ كَانَ فِي هَذَا مِئَةَ شَرْطٍ» ففي هذا أنّ مفهوم الخطاب يقومُ مقامَ الخطابِ، وأنّ ما فوق المئة داخل في حكم المئة.

العاشرة[10]: فيه دليلٌ أنّ المُكَاتَب عبدٌ ما بَقِيَ عليه شيءٌ، وكان ابنُ عبّاس يرى

---

(١) كذا في النُّسَخ، وهي مطموسة في تفسير الموطأ.
(٢) في تفسير الموطأ: «يتبرزن».
(٣) في النسخ: «يعاتب... عاتبه عليه» والمثبت من تفسير الموطأ.

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.
(2) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(3) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(4) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(5) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(6) قوله: «فإن العجز إنّما يكون عند الحكم» من إضافات المؤلّف على نصّ البوني.
(7) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.
(8) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(9) أي قوله ﷺ في حديث الموطأ (2265) رواية يحيى.
(10) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/أ.

أن بمنعقد[١] الكتابة يخرجُ حرًا ويتبعُ بالمال.

الحادية عشرة[1]: فيه أنّ بيع الأَمَة لا يكون طلاقًا كما يُذْكَرُ عن ابنِ المسيَّب[2].

الثّانية عشرة[3]: فيه أنّ الحرّةَ تنكحُ العبدَ إن شاءت؛ لأنّ النّبيَّ ﷺ خَيَّر بَرِيرَة في المقام[٢] مع زوجها وهو عبدٌ.

الثّالثة عشرة[4]: فيه أنّ عِتْقَ الأَمَة تحت العبد لا يكون طلاقًا، إلاّ أن تشاء المُعْتَقَة.

الرّابعة عشرة[5]: فيه أنّ آل محمّدٍ الّذين لا تحلّ لهم الصَّدقة هم: بنو هاشم دون سائر قريش؛ لأنّ ولاء بَرِيرَة كان لعائشة وقومُها بنو تميم.

الخامسة عشرة[6]: فيه أنّ لفظ الاستفهام ربّما أتى بمعنى التّقرير، لقوله: «ألم أر بُرْمَةً تَفُورُ بِلَحْمٍ[7]؟» ومنه قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَىٰ رَبِّكَ كَيْفَ مَدَّ ٱلظِّلَّ﴾ الآية[8].

الفقه في مسائل:

فأوّلها[9]:

ابتداء الكلام في جواز بيعها، وقد اختلف العلماء وأقوال الأيمّة في بيع المُكَاتَبِ على الجملة، فأجازه بعضهم، ومنعه بعضهم، والجواز على أنّه يتأدّى منه المشتري لا على أنّه تبطل كتابته؛ لأنّ هذا لم نَعْلَم من يذهب إليه، وكذلك أجاز مالك بيع كتابته خاصّة، ويؤدّي[٣] للمشتري، وإن عجز رَقَّ له. ومنع من ذلك ابن أبي سَلَمَة ورَبِيعَة،

---

(١) م، ج: «منعقد» وفي تفسير الموطأ: «بعقد».
(٢) في تفسير البوني: «البقاء» وهي أسد.
(٣) ف: «ويوجب».

....

(1) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(2) روى ابن أبي شيبة (18256) من طريق سعيد عن قتادة، عن الحسن، عن أبيه؛ قال: «بيع الأَمَةِ طلاقها».
(3) هذه الفائدة مقتبسة من تفسير الموطأ للبوني: 113/ أ.
(4) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(5) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(6) هذه الفائدة مقتبسة من المصدر السابق.
(7) أخرجه مالك في الموطأ (1625) رواية يحيى.
(8) الفرقان: 45.
(9) هذه المسألة مقتبسة من المعلم بفوائد مسلم للمازري: 2/ 146 ـ 147.

وهو مذهب أبي حنيفة[1](١) والشّافعيّ.

وأجاز بعض النّاس بيع المُكَاتَبِ للعِتْق لا للاستخدام، وإن رَضِيَ بالبَيْع وعجز عن الأداء لفَقْرِه أو ضَعْفِه عن التَّكَسُّب جاز بيعُه، وهو المذهب.

وفي بيع العبد بشرط(٢) العِتْق من مشتريه اختلافٌ بين الأيمّة، فأجازه مالك والشّافعي[2]، ومنعه أبو حنيفة، ولكنه قال(٣): إن وقع البَيْع مَضَى بالثَّمَن.

وأمّا شراء العبد بشرط الإعتاق، فتعلّق بهذا الحديث. وبقوله(٤): اشْتَرَتْها عائشة بشرط العِتْقِ، وقال النّبيُّ ﷺ: «ابْتَاعِي وَاعْتِقِي»[3] وهذا(٥) الصّحيح(٦) إن شاء الله.

الوجه الثاني[4]:

وهو المشكل من هذا الحديث ممّا(٧) وقع في بعض طرق هشام ههنا، وهو قوله ﷺ في **«كتاب مسلم»**[5]: «اشْتَرِيهَا وَاعْتِقِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُم الوَلاَءَ» فوجه المشكل منه أن يقال: كيف أمرها النّبي ﷺ بهذا وفيه عَقْدٌ على شرطٍ لا يجوز، وتغريرٌ بالبائعين، إذ شرطت لهم ما لا يصحّ وخدعتهم فيه؟ ولَمَّا صعب الانفصال عن هذا على بعض النّاس، أنكر هذا الحديث أصلاً، فحُكِيَ ذلك عن يحيى بن أكثم. وقد وقع في كثيرٍ من الرّوايات سَقْط هذه اللّفظة، وهذا ممّا يشجّع يحيى على الكلام(٨) على هذا الحديث.

---

(١) م، ف، ج: «مالك» والمثبت من المعلم.

(٢) م، ج: «شرط».

(٣) «قال» زيادة من المعلم.

(٤) في المعلم: «ويقول».

(٥) ف: «وهو».

(٦) في المعلم: «وهذا يصحّح ما ذهبت إليه».

(٧) في المعلم: «فما».

(٨) م، ف، ج: «امتنع يحيى عن» والمثبت من المعلم.

....

(1) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 429.

(2) انظر الحاوي الكبير: 8/ 247.

(3) أخرجه البخاري (2561)، ومسلم (1504).

(4) هذا الوجه مقتبس من المعلم بفوائد مسلم: 2/ 148.

(5) الحديث (1504).

وأمّا المحقّقون من أهل العلم فطلبوا لذلك تأويلاً، واختلفوا فيه، فقال بعضهم: «لَهُمْ» ههنا بمعنى «عليهم»، فيكون معناه: «اشترطي لهم الولاء».

وقال آخرون: إنّما[1] بيّن لهم النّبيُّ ﷺ أنّ هذا الشّراء[١] لا يحلُّ، فلمّا تقاحموا على مخالفته، قال لعائشة هذه اللّفظة: «اشتَرِطِي» بمعنى[٢]: لا تبالي[٣] بشرطهم، وهو[٤] باطلٌ مردودٌ.

والوجه الثّالث[2]: الكلام على قوله: «الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»

ولا خلافَ بين العلماء فيمن أعتق عبدَهُ عن نفسه أنّ ولاءَهُ له. واختلفوا إذا أعتقه عن غيره[3]، أو عن جميع المسلمين. فمَذْهَبُنا[٥] أنّ الولاء للمعتق عنه.

ولأنّهم[4] أجمعوا أنَّ الوصيَّة[٦] بعتق عن الميّت أنّ الولاء للميِّت. ورَوَى ابن سحنون عن أبيه؛ أنّه من أعتق عبده عن غيره، فولاؤه للغير وإن كره.

وقال عبد الوهّاب[5]: سواء أعتق عنه بإذنه أو بغير إذنه.

وقال الشّافعيّ وأبو حنيفة: الولاء للمعتق إذا أعتق عنه بغير إذنه.

ودليلُنا: أنّ الولاء معنىَ يورث به[٧] على وجه التّعصيب، فلا يفتقر حصولُه لمن حصل إلى إذن كالنَّسَبِ[٨].

---

(١) في المعلم: «الشرط».

(٢) «بمعنى» زيادة من المعلم.

(٣) م، ف، ج: «ولا تبالي» وأسقطنا الواو كما في المعلم.

(٤) في المعلم: «لأنّه».

(٥) م، ف، ج: «فلا خلاف» والمثبت من المعلم.

(٦) م، ف، ج: «الوصي» والمثبت من المنتقى.

(٧) «به» زيادة من المنتقى.

(٨) م، ف، ج: «كالميت» والمثبت من المنتقى.

....

(1) في المعلم: «إنّما المراد بهذا الزّجر والتّوبيخ؛ لأنّه كان بيّن...».

(2) الفقرة الأولى من هذا الوجه اقتبسها المؤلف من المعلم بفوائد مسلم: 2/ 148 - 149.

(3) في المعلم: «عن غيره رجلٍ بعينه».

(4) من هنا إلى آخر الوجه مقتبس من المنتقى: 6/ 280.

(5) في المعونة: 3/ 1454.

فرع[1]:

ومن هذا الباب: أنّ من أعتق من الزّكاة؛ أنّ ولاءه للمسلمين دون المعتق؛ لأنّه لم يعتق عن نفسه وإنّما أعتق عن غيره. وقوله: «الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» محمولٌ على عمومه، إلاّ أنّه خصّ منه المعتق عن غيره، وقد رُوِيَ: «أَنَّ الْوَلاَءَ لِمَنْ أَعْطَى الْوَرِقَ»[2] وقد يكون في الأغلب مُعطِي الوَرق من يعتق عنه دون مباشرة العِتْق.

فرع[3]:

وأمّا العِتْق في الكفّارة، فولاؤه للمعتق؛ لأنه[١] أعتق عن نفسه.

قال[4]: ومن أعتق مُدَبَّرًا[٢] عن فلان، فالولاء للمعتق، قاله ابنُ القاسم في «العُتْبِيَّة» و«المَوَّازِيَّة».

نازلة معضلة ومشكل[5]:

وهو لو قال رجلٌ لعبدِهِ: أنت حرٌّ ولا ولاء لي عليك؛ فأمّا ابن القصّار فالتزم في هذه النّازلة أن يكون الولاء للمسلمين، ونَزَّلَ هذا القول منزلة قول القائل: أنت حرٌّ عن المسلمين، وكان بعض شيوخنا يخالفُه ويقول[٣]: إنّ قوله: «أنت حرٌّ» استقرّ الولاء، واستئنافه[٤] بعد ذلك جملة[٥] ثانية، وهي[٦] قوله: ولا ولاء لي عليكَ[6].

---

(١) م، ف، ج: «إذا» والمثبت من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «مدبره».

(٣) ج: «ويقولون».

(٤) م، ف: «استيتابه»، ج: «استئناؤه» والمثبت من المعلم.

(٥) م، ف، ج: «كلمة» والمثبت من المعلم.

(٦) م، ف، ج: «وهو» والمثبت من المعلم.

....

(1) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 280.

(2) أخرجه البخاري (2536) من حديث عائشة.

(3) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 280.

(4) القائل هو الإمام الباجي في المنتقى.

(5) هذه النّازلة مقتبسة من المعلم بفوائد مسلم: 2/ 149.

(6) تتمة الكلام كما في المعلم بفوائد مسلم: «لا يغيِّرُ حكم الجملة الأولى؛ لأنّه إخبار على أنّ =

مسألة[1]:

وأمّا جرّ الولاء، فأجمعتِ الأمَّة عليه من الصّحابة عن بَكْرَةِ أبيهم، وما يُحْكَى عن خلاف رافع بن خَدِيْج فيه ليس بصحيحٍ، إنّما كان رافع المخاصم فيه إلى عثمان، فقضى عليه[2]، وليس نزاع[١] المنازع في مجلس القضاء بقول معدودٍ في الخلاف، وإنّما كان يكون لو تكلّمَ بعد ذلك.

وفي جَرّ[٢] الولاء فروعٌ دقيقةٌ، ومسائل حَسَنَةٌ، اختلفَ فيها العلماء، وقد بسطنا القول فيها في «**كتب المسائل**»ولا نخليكم من نُبَذٍ منها في هذا «**المختصر**»ليقوى فيها[٣] النّظر.

الأولى[3]:

قوله[4]: «إِنَّ الْجَدَّ يَجُرُّ وَلاَءَ وَلَد ابْنِهِ»، قال محمّد: ماتَ أو عاشَ.

ووجه ذلك: أنّ جرَّ[٤] الولاء وحده معنىً يختصُّ بالأَبَوِيَّة،[٥] ولا يشارك في ذلك الأب غير[٦] الجدّ، وقال سحنون وابن الماجشون[٧]: وكذلك أبو الجدّ إذا كان حرًّا، وكان الجدّ وابنه عَبْدَيْن، فإنّه يجرّ ولاء ابنه إلى مواليه، حتّى يعتق الجد فينتقل إلى مواليه هكذا. وإن مات الأب عبدًا، ثبت الولاء لمن جَرَّهُ.

وقال في «**الموازية**»: لا ينتقل[5] لأحدٍ من القرابات إلاّ للأب، في تفريع طويل لهم.

---

(١) م، ف، ج: «بنزاع» والمثبت من القبس.
(٢) م، ف، ج: «خبر» والمثبت من القبس.
(٣) م، ج: «فيه».
(٤) «جر» زيادة من المنتقى.
(٥) م: «بالأنوثة».
(٦) «غير» زيادة من المنتقى.
(٧) في المنتقى: «عن ابن الماجشون».

....

= حكم الجملة الأولى ـ المستقرّة بالشّرع ـ على خلاف ما حكم الله تعالى به، فيكون إخباره كذبا وفتواه باطلاً، والباطل والكذب لا يلتفت إليه، ولا يُعَوَّلُ في مثل هذه الأحكام عليه».

(1) انظرها في القبس: 3/ 969 ـ 970.
(2) أخرجه عبد الرزّاق (16283).
(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 3/ 283.
(4) أي قول مالك في الموطأ (2274) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2755)، وسويد (436).
(5) أي الولاء.

باب
ما جاء في ميراث السّائبة وولاء من أعتق

قال الإمام[1]: الأصل في ذلك قولُه تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ وَلَا وَصِيلَةٖ وَلَا حَامٖ﴾ الآية[2]. ومن قول متقدِّمي العلماء أنّه لا سائبةَ في الإسلام، وألفاظُ العِتْق معلومةٌ وقد مهّدناها، وليس(١) السّائبة منها. لكن(٢) إذا قال الرّجل: عبدي سائبة، فلا يخلو من ثلاثة أوجهٍ:

1 ـ أحدها: أن يريد «ليس لي فيه ملك ولا منتفع» فهذه على(٣) الحريّة، ولكن جاء بلفظٍ ليس من ألفاظها.

2 ـ وإن أراد بقوله: «هو سائبة» أنّه عتيق عن المسلمين، لا أجعل ذلك على أحد مخصوصًا، فإنّه يكون أيضًا عِتقًا، ويكون ولاؤه لجميع المسلمين. ولذلك كره مالك هذا اللّفظ ونهى عنه؛ لأنّه قد تكلّم بقول قد عابه الله على قوم. وقال سحنون وأَصْبَغ: لا يعجبنا كراهية مالك لذلك، وباعُه في العلم أَوْسَع منهم.

3 ـ وأمّا إذا قال: «هو سائبة» كان ولاؤه لجميع المسلمين، قاله عمر، وابن عمر، وابن عبّاس، ورواه مُطَرِّف عن مالك.

وقيل: إنّ ولاءه لمعتقه، وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز، وذهب إليه ابن نافع وابن المَاجِشُون، وقد قال النّبيُّ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

فإن قال السَّيِّد: هو سائبة، وقد قصد به إبطال الملك، فهو حرٌّ، وولاؤه *له. وإن قال: هو سائبة، وقصد به نبذه للنّاس أجمعين، فهو حرٌّ وولاؤه*(٤) لجميع المسلمين، فعلى هذا تُحمَل الرّوايات من اختلاف الحالات، وليس باختلافِ قولٍ في حالٍ واحدةٍ.

---

(١) في القبس: «وليست».
(٢) م، ف، جـ: «أكثر» والمثبت من القبس.
(٣) في القبس: «هي».
(٤) ما بين النّجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، واستدركناه من القبس.

....

(1) انظر هذا المدخل في القبس: 3/ 970 ـ 971.
(2) المائدة: 103.

تفريع:

في هذا الباب سبع مسائل:

المسألة الأولى[1]:

وفي «**العُتْبِيَّة**»[2] أَصْبَغ عن ابن القاسم: أكره عِتْق السّائبة؛ لأنه كهبة الولاء. وقال عيسى: أكرهه وأنهى عنه.

الثانية[3]:

قوله[4]: «فِي الْيَهُودِيِّ يُسْلِمُ عَبْدُهُ فَيُعْتِقُهُ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ» يقتضي[١] أنّه يباع عليه إن لم يخرجه عن ملكه؛ لأنّه لا يجوز استرقاق كافر مسلمًا، لقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لاَ يَظْلِمُهُ[٢] وَلاَ يُسْلِمُهُ»[5]، وليس في إسلامه[٣] أعظم من أن يسلمه إلى استرقاق الكافر له.

فرع[6]:

وفي «**الموازية**»: يرثُ المسلمُ عبد[٤] عبده النّصرانيّ والمجوسي بالرِّقّ، ولو أسلم عبد المجوسيّ ثمّ مات قبل أن يباع عليه، ورثه الكافر بالرِّقّ. قال[7]: وكذلك مدبّره وأمّ ولده.

ووجهه: أنّه ليس على معنى الميراث؛ لأنّه لو كان على وجه الميراث لكان أحقّ بميراثه ومن يرثه بالنّسب، والرِّقّ يُنَافِي التَّوَارُثَ ولكنّه يستحقّ ماله بسببِ ملكه له.

---

(١) «يقتضي» زيادة من المنتقى.

(٢) في المنتقى: «لا يثلمه».

(٣) في المنتقى: «وليس حين أثلمه له أعظم...».

(٤) «عبد» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 286.

(2) لم نجده في العتبية مع أن ابن رشد أشار إلى هذه الرواية في البيان والتحصيل: 14/ 489.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 286.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2282) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2564)، وسويد (440).

(5) أخرجه البخاري (2442)، ومسلم (2580) من حديث سالم عن أبيه.

(6) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 286 ـ 287.

(7) القائل هو محمد بن المواز.

المسألة الثالثة[1]:

قوله[١][2]: «فَإِنْ أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ أَوِ النَّصْرَانِيُّ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ الْوَلاَءُ»، وذلك أنّ العِتْقَ وقع في وقتٍ يمنع ثبوتَ الولاء بافتراق الدِّينَيْن؛ لأنّه لا يثبت ولاء مسلم لكافر. قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ﴾ الآية[3]، فإذا أعتق الكافرُ المسلمَ، لم[٢] يصحّ ثبوت الولاء له، ولم[٣] يكن له موضعٌ يرجع إليه إلاّ إلى جماعة المسلمين، فثبت لهم، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ﴾ الآية[4].

فرع[5]:

وأمّا قولُه[6]: «إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا عَلَى دِينِهِ، ثُمَّ أَسْلَمَ مَنْ أَعْتَقَهُ، رَجَعَ إِلَيْهِ وَلاَؤُهُ» يريد أنّ النّصرانيّ إذا أعتق عبده النّصرانيّ، فقد ثبت له الولاءُ لاتّفاق الدِّينَيْنِ. فإن أسلم أحدهما ثمّ مات المعتق، لم يرثه المعتق لاختلاف الدِّينَيْنِ. والفروع كثيرة في هذا النّوع[٤].

---

(١) «قوله» زيادة يقتضيها السياق.

(٢) في المنتقى: «لم».

(٣) في المنتقى: «لم».

(٤) ف: بزيادة «إن شاء الله».

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 287.

(2) أي قول ملك في الموطأ (2282) رواية يحيى.

(3) المائدة: 51.

(4) التوبة: 71.

(5) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: 6/ 287.

(6) أي قول مالك في الموطأ (2282) رواية يحيى.

كتاب الكتابة

الأصول[1]:

أذنَ اللّهُ تعالى في الكتابة رحمةً للخَلْقِ، وحالةً متوسّطةً بين السّادةِ والعبيدِ؛ لأنّ السَّيِّد ربّما شقَّ عليه أن يخرجَ قيمة العبد عن ملكه، وربّما لم يثق بالعبد في أداء خراجه(١)، فيريد أن يجتهدَ العبدُ في أداء المالِ لقصدِ الحرِّيَّة، فيحصل لكلِّ واحدٍ منهما مقصوده. وربّما كره بقاءه في ملكه، وإن كان مجتهدًا في أداء كسبه فيخرجه عن يده، ويقتنع بالقيمة. وقد يكون راغبًا في عبده، ولكن يرى فيه من الأمر ما يحمله على عتقه(٢)، وإن سمحت نفسه بذلك أنفذ له الحريّة، وإن شحّ على ماله باعه على(٣) نفسه وهي الكتابة. قال الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ الآية[2].

قال بعض المفسّرين: الكتابة واجبةٌ؛ لأنّ الله تعالى أمر بذلك أمرًا مطلقًا، والأمر المُطْلَقُ محمولٌ على الوجوب.

قال علماؤنا: كذلك نقول إن لم تقم قرينة تصرفه عن(٤) الوجوب، أو يدلّ على سقوط الوجوب دليلٌ، وههنا قرينة، وهي قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[3] فصرفَ الأمر إلى عِلْم المأمور، والتّكاليف الجازمة والأوامر الواجبة لا تقف على خِيَرَةِ(٥) المكلَّف وعلمه.

---

(١) م، جـ: «إخراجه».

(٢) ف، م، جـ: «نفسه» والمثبت من القبس.

(٣) في القبس: «من».

(٤) م، ف، جـ: «يدل على» والمثبت من القبس.

(٥) في النسخ: «خير» وفي القبس: «خيرية» والمثبت من القبس: 4/ 41 (ط. الأزهري).

....

(1) انظره في القبس: 3/ 972 ـ 974.

(2) النور: 33.

(3) النور: 33.

وأمّا الدّليل الّذي دلّ على سقوط الوجوب فيها، فهو أنّ العِتْقَ - وهو الأصل - لا يجب فضلاً عن الفرع[١] وهي الكتابة، ولذلك قال علماؤنا: إنّها رخصةٌ مستثناةٌ من جميع المعاملاتِ؛ لأنّ السَّيِّدَ يبيع فيها ماله بماله، ولا يصحّ أن يُجْبَرَ العبدُ عليها، وإنّما تكون برضاه، فإذا عقدها مع سيِّدِه لزمته عند جمهور العلماء.

وقال الشّافعيُّ[1]: يجوز له أن يتركها متى شاء، وقال بذلك جماعة من المتقدّمين، واحتجّوا على ذلك بحديث بريرة، قولُه فيه: «فَجَاءَتْ[٢] أَهْلَهَا فَبَاعُوهَا» خرّجه البخاريّ[2].

قلنا: لم يبع أهل بريرة رقبة بريرة، وإنّما باعوا كتابتها، ولأجل ذلك قالت عائشة في الحديث: «إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّهَا لَهُمْ عَدَّةً وَاحِدَةً فَعَلْتُ» فهذا الّذي يقتضيه حديث بريرة. وإن كان[٣] العلماء اختلفوا في بيع الكتابة، فكره ذلك الشّافعيّ[3] وابن الماجِشُون ورَبِيعَة، وحديث عائشة نصٌّ في جوازه.

فإن قيل: إنّ بريرة كانت عجزت، وإذا عجز المكاتَب رقّ.

قلنا: هذه دَعْوَى وزيادةٌ في الحديث.

وأيضًا: فإنّ عجزها لا يكون إلاّ عند الحاكم، وأمّا بقوله فلا يسمع[٤]؛ لأنّه ليس له أن يرقّ نفسه، إذ قد ثبت له حقّ الحرّيّة.

وأمّا إيتاء المال، فقال الشّافعيّ وغيره: إنّه واجبٌ عليه، ويحطّ له من آخر نجومه نجمًا واحدًا من أجزاء الكتابة. وحمل قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ الآية[4]، على الوجوب.

---

(١) في النسخ: «الفروع» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، جـ: «فجاء» والمثبت من القبس.

(٣) «كان» زيادة من القبس.

(٤) م، ف، جـ: «وأما قوله لا يمنع» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر الأم: 13/ 650 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 18/ 156، 171.

(2) في صحيحه: (2561).

(3) في الأم: 13/ 765 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 18/ 247.

(4) النور: 33.

وقال علماؤنا: ليس الإيتاء واجبًا. واحتجُوا على ذلك بالأدلَّة المعروفة، وليس الأمر كذلك، بل إيتاء الحقِّ إلى المكاتَب واجبٌ بإجماعِ الأمَّة، إلاّ أنّ قوله تعالى: ﴿مِّن مَّالِ ٱللَّهِ﴾[1] يحتمل أن يريد به: الّذي بيد السَّيِّد، ويحتمل أن يريد به: من مال الله الّذي هو الزّكاة، ويحتمل أن يريد به: من مال الله الّذي هو لجماعة المسلمين في أيديهم، فإنّ عَوْنَ المكاتَبِ فرضٌ على الكفاية. ومع هذه الاحتمالات، لا يصحُّ للشّافعيّ ولا لغيره أن يقول: الإيتاء واجبٌ من الكتابة دون سائر المحتملات.

تفريع[2]:

إذا عقد الكتابةَ لجماعةٍ من عبيدِهِ في عقدٍ واحدٍ، فإن بعضَهم حُمَلاَءُ[١] عن بعض، وقال الشّافعيّ[3]: لا يحمل أحدٌ عن أحدٍ شيئًا؛ لأنّه ضمانُ كتابةٍ، فلا يجوز، كضمان الأجنبيّ. فنظر الشّافعيُّ إلى الأجنبيّ، ونظر علماؤنا إلى عَقْدِ الكتابة بين القرابة، وخصوصاً الأبناء، يحمل بعضهم عن بعض، ولو يكن ضمان[٢] بعضهم عن بعضٍ لأجل القرابة، فإنّه لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى، ولا يلزم قريبًا عن قريبه مال بغير رِضَاه في شيءٍ من أحكام الشّرع، ما خَلاَ العاقلة المستثناة بإجماع. فدلَّ على أنّ ذلك إنّما كان بعَقْدِ الكتابة، وذلك يستوي فيه القريب والبعيد. وفروع هذا الباب كثيرة، وهي مركَّبة عليه من غيره، لِمَا يدخل عليها من شَرْطٍ، أو ولاءٍ، أو حمالةٍ[٣]، أو وصيَّةٍ، أو صفة لمقابلة، أو جراح تطرأ فيه[٤]، أو بيعٍ يقع في كتابته[٥] بما[٦] يجوز أو لا يجوز، واختلاف السَّيِّدَيْن[٧] بعد عَقْد الكتابة واتّفاقهما[٨]. وهذا كلّه معلومٌ في أبوابه، مضبوطٌ بأصولِهِ، وهي من فنِّ التّركيب والتّعليل

(١) جـ: «حميل» وفي القبس (ط. هجر): «حميلا».
(٢) م، ف، جـ: «ولو لم يكن ضامن» والمثبت من القبس.
(٣) م، ف، جـ «جناية» والمثبت من القبس.
(٤) في القبس: «منه أو عليه».
(٥) في القبس: «كتابة».
(٦) ف: «الما»، القبس: «فما».
(٧) م، ف، جـ: «المديرين» والمثبت من القبس.

....

(1) النور: 33.
(2) انظره في القبس: 3/ 975 ـ 976.
(3) انظر الحاوي الكبير: 18/ 158.

الّذي لم نَتَعرَّض له هٰهنا؛ لأنّه بابٌ عظيمٌ في الفروع، أَمَّا إنّه عرضت في[١] الكتابة

مسألة مُعْضِلَةٌ وهي الكتابة الحالة، وقد اختلف فيها الفقهاء قديمًا وحديثًا، وبيانُها في «**كتب الخلاف والمسائل**» على الاستيفاء.

ومن غريب اضطراب العلماء فيها؛ أنّ الشّافعيَّ[1] يقول: إن السَّلَم الحالّ جائزٌ، والكتابة الحالّة لا تجوز. واختلف فيها جواب علماء المالكيّة، والّذي عندي أنَّ تصويرَها يكشف حقيقتها، **ولها ثلاث صُوَرٍ**:

الصّورة الأولى: أن يقول لعبده: كاتَبْتُك على تسعِ أَوَاقٍ في تسعة أعوامٍ، وهذا بَيِّنٌ إنِ الْتَزَمَهُ العبدُ.

الصورة الثّانية: أن يقول لعبده: إنْ أعطيتني كذا دنانير فأنت حُرٌّ والمال حاضر، فيقتطعه السَّيِّد من يَدِهِ، ويقضي بحرِّيَّتِه؛ لأنّ له انتزاع ماله وإبقاءه في الرِّقّ، فكيف غير ذلك ممّا له فيه حظٌّ ؟.

الصّورة الثّالثة: أن يقول له: ألزمتك مئة دينار تُعطينيها[٢] وأنت حرٌّ، والعبدُ ليس عنده شيءٌ.

فقال الشّافعي: هذا كلامٌ لَغْوٌ.

وقال علماؤنا: يرتفعان إلى الحاكم ينظر في ذلك، فإن أراد العبدُ الالتزام أَلْزَمَهُ الحاكمُ، ونُجِّمَ المالُ على قَدْرِ حالِ العبدِ وحال المال.

ونَظَرُنَا أقوَى من نَظَرِ الشّافعيّ؛ لأن السَّيِّد لمّا تكلَّم به أَوْجَبَ حقًّا للعبد في الاِلتزام وسعيًا في الحرِّيَّة، فلم يجزْ له الرّجوع فيه؛ لأنّ هذا الحقّ لا يقبلُ الرّجوع ولا الإسقاط كسائر الحقوق المتعلِّقة بالعِتْقِ.

ومن مسائله المُعْضِلَةِ العظيمةِ الّتي اختلف فيها الفقهاء والصّحابة: إذا مات المُكاتَبُ وترك وفاءً بالكتابة وترك وَرَثَةً.

---

(١) في القبس: «أو اتفاقهما».

(٢) م، ف، ج: «من» والمثبت من القبس

(٣) م، ف، ج: تعطيها» والمثبت من القبس.

....

(1) انظر الحاوي الكبير: 18/ 146.

فقيل: تبطل الكتابة، وبه قال الشّافعيّ[1].

وقال قوم: تبقى الكتابة، وبه قال مالك وأبو حنيفة[2]، في تفصيلٍ طويلٍ بَيْنَ الطّوائف وأرباب المذاهب، ولا تستقلّ به إلا «**كتب المسائل**».

ونظر الشّافعيُّ إلى المعقودِ عليه - وهو المُكَاتَبِ - قد *هلك، والأصل عنده: أنّ المعقود عليه إذا هلك بطل العَقْد كسائر العقود كلّها، وهذا لَعَمْرُ الله هو الأصل، بَيْدَ أَنّ هذا الحق*[١] قد يتعدّى من المعقود عليه إلى غيره وهم الأولاد، وثبت فيهم ثبوته في الأصل. فمن نظر من الصّحابة إلى هذا المعنى أبقى الكتابة، وحكم بأداء النّجوم، وأوجب الحرّيّة والميراث للأولاد، وبه نقول، والحمد لله ربّ العالمين.

---

(١) ما بين النجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، واستدركناه من القبس.

....

(1) انظر الأم: 13/ 829 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 18/ 181.

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 7/ 215.

كتاب الْمُدَبَّر

التّرجمة:

قال الإمام: التّدبير هو إنفاذ عتقه[١] بعد موته، وأجمع المسلمون على انتقال اسم المُدَبَّر، وسمّوه مُدَبَّرًا من الدّبر[1]؛ لأنه أعتقه بعد مماته، والممات دُبُرُ الحياة. والفقهاء يقولون: المُعْتَق عن دبر، أي بعد الموت. وهو لفظ لم يُستعمَل إلاّ في العبيد، ووجب حُكْمُه في الابتياع في حياة مدبّره[2].

قال الإمام[3]: وهذا الباب من متعلِّقات عقود الحرّيّة وفروعها، وهو أصلٌ في نفسه أيضًا، وله أصلٌ وفروع أقلّ من الأوّل.

والتّدبيرُ: هو عَقْدٌ متّفَقٌ عليه بين الأُمَّة، كان في الجاهليّة وأَقَرَّهُ الإسلام، وفي الصّحيح عن جابر؛ أنّ النّبيّ ﷺ باع مُدَبَّرًا[4].

وأصلُه أنْ يقول: أنتَ مُدَبَّرٌ، وأنتَ حرٌّ بعد موتي، لا على معنى الوصيّة.

وقال الشّافعي[5]: هو عِتْق إلى أجل. ومن أصله: أنّ كلّ[٢] عِتْق إلى أجلٍ - قُطِعَ بإتيانه أو لم يقطع - لا يقضَى بلزوم العِتْق على السّيِّد، والمسألةُ معلومة في «**مسائل الخلاف**».

فهذه المسألة من جملة تلك الصُّور، ويخصّها أنّ النّبيّ ﷺ باع المُدَبَّر، ولو كان حُرًّا[٣] - كما قال مالك وأبو حنيفة - ما باعه.

---

(١) م: «عقده».

(٢) ف، جـ: «إن كان».

(٣) في القبس: «حراماً».

....

(1) حكى هذا الإجماع القنازعي في تفسير الموطأ: الورقة 133 عن ابن أبي زيد القيرواني.

(2) قارن الكلام السّابق بالمنتقى: 7/ 40 فلا شكّ أنّ المؤلِّف قد استفاد منه.

(3) انظر القبس: 3/ 976 ـ 977.

(4) أخرجه البخاري (2230)، ومسلم (997).

(5) انظر الحاوي الكبير: 18/ 100.

ونظر علماؤنا إلى أنّه عَقْدٌ ألزمه نفسه في رقبة العبد يتعلّق بالحرّيّة، يظهر عند أَجَلٍ آتٍ لا مَحَالَةَ، فلزم كأمّ الولدِ.

وأمّا حديث جابر، فلا حُجّة فيه؛ لأنّها حكاية حال وقضيّة عَيْنٍ، وقضايا الأعيان وحكايات الأحوال لا يُستدَلُّ بها على العموم؛ لأنّها لا تقتضي ذلك لفظًا ولا معنىً، وقد بينّاه في **«مسائل الأصول»**. فيحتمل أن يكون باعه عليه السّلام في دَيْن سَبق التَّدبير، وكذلك نقول. ويحتمل أن يكون باعه إذ كانت أمّ الولد تُباع على ما روَى جابر، ثمّ نُسِخَ ذلك. وبالجملة، فلا يُحتجُّ بمثل هذا لأنّه محتمل، وهذه المسألة من فروع التّدبير، وهٰهنا موضع التّركيب في مسائل، فنقول:

التّدبير لازمٌ بالقولِ لموجِبِه على نفسه، في يمين كانت أو غير يمين، ولا رجوع له فيه عند مالك وأصحابه.

وقال الشّافعي[1]: له الرّجوعُ فيه بإخراجه عن مِلْكِه ببَيْعٍ أو هِبَةٍ، ولا يرجع فيه بالقول دون الإخراج عن المِلْكِ.

وقال علماؤنا: الرّجوعُ فيه بالقول يُبطِل تدبيرَهُ، ولا يعتق إن مات جعلاً.

التّدبيرَ كالوصيّة الّتي يرجع فيهَا، وكذلك قال فيه أحمد[2] وإسحاق، واحتجّا بحديث جابر، ولا حُجّةَ في ذلك لما فيه من الاحتمال.

المسألة الثانية[3]:

قوله[4]: «مَنْ دَبَّر جَارِيَةً فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلاَدَهَا» هو على ما قال؛ إن ولدها بعد التّدبير حكمهم حكمها؛ لأنّ الولد تبع لأمّه في الرّقّ والحرّيّة.

وأمّا الموصي بعتقها، فما وَلَدَتْهُ قبل موت سيّدها، فلا يدخل في وصيتها؛ لأنّ

---

(1) في الأم: 3/ 595 (ط. قتيبة)، وانظر الحاوي الكبير: 18/ 111.

(2) يقول ابن قدامة في المغني: 14/ 422 «اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في بطلان التدبير بالرّجوع فيه قولاً، **فالصّحيح أنّه لا يَبْطُلُ؛ لأنه علّقَ العِتْقَ بصفةٍ**».

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 7/ 39 - 40.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2348) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2765).

الوصيّة لا تثبت إلاّ بموته[1]؛ لأنّ له الرّجوع قبل ذلك. فإذا ثبت حكم التّدبير لهم[2]، لم يُخْرِجْهُم عن ذلك[3] موت الأمّ.

وكذلك موت المُعْتَقَة والمُكَاتَبَة إلى أجل والمُخْدَمَة أو[١] بعضُها حرٌّ أو أم الولد، فإنَّ ولدَ كلّ واحدةٍ بمنزلتها، يُعْتَق بعتقها ويرقّ برقّها، ويعتق منه بقَدْرِ ما أعتق منها.

قوله[٢][4]: «وَأَمَّا مَنْ دَبَّر مُدَبَّرَة وَهِيَ حَامِلٌ إِنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا» وهذا على ما قال؛ لأنّ التّدبير يتناول ما في بطنها، وبه قال عليّ، وعثمان، وابن عمر[5]، وجابر[6]، وابن المُسَيَّب[7].

ورُوِيَ عن زَيْد بن ثَابِت أنّ ولدها رقيق، وقد روي عنه أيضًا مثل ما تقدّم.

المسألة الثالثة[8]:

قد بيّنا[9] أنّ المُدَبَّرَ مأخوذٌ من الدّبر؛ لأنّه أعتقه بعد موته، والممات دبر الحياة. والفقهاء يقولون: المعتق عن دبر، أي: بعد الموت، وهذا اللّفظ لم يُستعْمَل إلاّ في العبيد والإماء دون سائر ما يملك، كما لم يُسْتَعمل العِتْق إلاّ فيهم.

المسألة الرّابعة[10]:

قولُه[11] في المُدَبَّرِ الّذي دَبَّرَ أَمَتَهُ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا، هو قول مالك، وأبي حنيفة[12]،

---

(١) م، ف، جـ: «و» والمثبت من المنتقى.

(٢) «قوله» زيادة يقتضيها السياق.

....

(1) أي بموت الموصي.

(2) أي لولد المدبّرة.

(3) أي عن ذلك الحكم بعد ثبوته.

(4) أي قول مالك في الموطأ (2350) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2767).

(5) رواه عبد الرزاق (16685)، وابن أبي شيبة (20623)، والبيهقي: 10/ 315.

(6) رواه عبد الرزاق (16683)، وابن أبي شيبة (20637).

(7) رواه ابن أبي شيبة (20622).

(8) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 7/ 40.

(9) صفحة: 537 من هذا الجزء.

(10) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 7/ 44.

(11) أي قول مالك في الموطأ (2352) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2769).

(12) انظر المبسوط: 7/ 183.

والشّافعيّ[1].

ووجه ذلك: أنّ عِتْقَها إنّما يكون بعد الموت من الثُّلُث، كالموصي بعِتْقِها.

وأيضًا: فإنّ وطأها يؤكِّد عِتْقَها؛ لأنّها إن حملت منه عُتِقَت من رأس المال، وإن بقيت على حالها فإنّها تُعْتَقُ من الثُّلُث.

ويحتمل أن يقال: إنّها إذا حملت بطل تدبيرها وانتقلت إلى ما هو أقوى منه، كما يبطل التّدبير بالعِتْقِ.

المسألة الخامسة[2]:

قوله[3]: «وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُه وَلاَ هِبَتُهُ»(١) يريد أنّ حُكْمَ التّدبير قد لَزِمَهُ، فليس له إبطاله بقولٍ ولا فعلٍ.

وقال أبو حنيفة[4]: ما كان منه مطْلَقًا فليس له نقضُه[5]، وما كان مُقَيَّدًا فله إبطالُه.

وعندنا: لا يجوز إبطاله كالمُطْلَقِ، وإنّما قال[6]: إنّه يجوز أن يغيره[7] فيقول: لم أُرِدْ به التّدبير، فيكون له حينئذٍ حكم الوصيّة.

ودليلنا على تسليم إحدى الرِّوايتين: أنّ هذا تدبيرٌ، فوجب أن يلزم كالمُطْلَق.

وإذا قلنا: يُقَدَّرُ(٢) في المُقَيَّدِ قولٌ واحدٌ؛ أنّه إذا أراد(٣) به التّدبير لزم، فكذلك المُطْلَق أَوْلَى؛ لأنّه عندنا صريحٌ في التّدبير، لا يقبل منه أنّه(٤) أراد به غيره، وبه قال أبو حنيفة.

---

(١) في الموطأ: «أن يبيعها ولا يهبها» وهو الصواب.
(٢) م، ف، جـ: «نفذ» والمثبت من المنتقى.
(٣) في المنتقى: «أريد».
(٤) م: «إذا».

....

(1) في الأمّ: 13/ 624 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 18/ 126.
(2) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 7/ 44 ـ 45.
(3) أي قول ابن المسيب في الموطأ (2363) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (2781)، وسويد (441)، ومحمد بن الحسن (844).
(4) انظر المبسوط: 7/ 178 ـ 179.
(5) لا بقولٍ ولا بفعلٍ.
(6) بعض المالكيّة.
(7) بمعنى أن يفسّر المُقَيَّد.

وقال الشافعي في أحد قوليه[1]: له الرُّجوع عن التّدبير المُطْلَق والمُقَيَّد بالقول دون *الفعل، والقول الثّاني: له الرّجوع بالقول والفعل.

والدّليل على ما نقوله: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[2].

ومن جهة المعنى: أنّه عَقْدُ عتْقٍ استفاد به*(١) اسمًا يعرف به، فلم يكن له إبطاله، أصله الكتاب.

وأيضًا: فإنّه عَقْدٌ ليس له إبطاله بالقول، فلم يكن له إبطاله بالفعل.

المسألة السّادسة:

قال علماؤنا: ولا بأس برَهْنِ المُدَبَّر، وللمرتهن أن يخدمه في حياة السَّيِّد، وهو أحقّ به بعد موته إن كان قد حازه لنفسه، وإلاّ كان أسوة الغرماء. ومنع أشهب من رَهْنِ المُدَبَّرِ، والأوّلُ أصحّ عندي.

ولا بأس بإجارته، وولَدُه من أَمَتِهِ بمنزلته، وولد الأَمَةِ من زوجها بمنزلتها، وللسَّيِّد وطؤها.

ولا يجوز بَيْع المُدَبَّر ولا هِبَته، فمن باع مُدَبَّرًا فُسِخَ بيعُه، فإن أعتقه مبتاعُه قَبْلَ فَسْخ بيعه مَضَى عِتْقُه؛ لأنّه أقوى سببًا من التّدبير.

وقيل: يردّ عِتْقُه، ويعود مُدَبَّرًا على حاله. ومن أمضى عِتْقه لم يُوجِب على بائعه إدخال ثمنه في غيره، واختار ذلك ابن وهب.

فإن مات عند مبتاعه، فقد فات ردّه، ويستحبّ له أن يجعل الفضل من قيمته في مُدَبَّرٍ مثله.

وقيل: يُفسَخُ بيعُه، ويكون موته كعِتْقِه، ويُردُّ الثَّمن على مبتاعه، ولا يضمن قيمته في مُدَبَّرٍ مثله.

وقيل: يُفسخ على كلِّ حالٍ، وهو عندي ضعيف، بل يردّ الثّمن على مبتاعه ولا يضمن قيمته في مدَبَّرٍ مثله اعتبارًا بأم الولد.

---

(١) ما بين النّجمتين ساقط من الأصول المعتمدة، وقد استدركناه من المنتقى؛ لأنّ فقه الموضوع يُوجِبُه، وسياق الكلام اللاّحق يؤكده، والله الموفق.

....

(1) انظر الأم: 13/ 589 (ط. قتيبة)، والحاوي الكبير: 1/ 101.

(2) المائدة: 1.

المسألة السّابعة:

والمُدَبَّرُ في الحدود كالعبد، فإن جنَى جناية[١] قُوِّمَ قِيمةَ عبدٍ، يريد فيه: وإن جَنَى فجنايتُه في خدمته دون رَقَبَتِهِ، وفُدِي بمال إذ كان له، فإن وَفَّى بجنايته فكّ سبيل ذلك، وإن قصَّرَ عنها خُيِّرَ بين دفع البقيّة وبين إسلام الخدمة لا الرَّقبة، فإن أسلم استوفى ذلك سيِّده حين عاد على تدبيره. وإن مات قبل ذلك وله مالٌ يخرج[1] من ثُلُثه عتق، وكان ما بقي من أَرْشِهِ دَيْنًا في ذمَّتِه، وقيل: لا شيء عليه[2] من أَرْشِ جنايته.

وإن جرح اثنين[٢]، تَحَاصًا[3] في خدمته[٣]. وإن جرح واحدًا فأسلمه إليه[4]، ثمّ جرح آخر بعد ذلك[5]، تَحَاصًا في خدمته.

وقيل: إن المجروح يُخَيَّر في افتكاكه أو إسلامه[٤]، فإن أسلمه بَطَلَ حقّه، وإن افتكّه اختصّ في خدمته.

فرع:

فإن هلك سيّده وعليه دَيْن، وقد جَنَى مدبّره جناية، كان أرباب الجناية أحقّ به، إلاّ أن يقول أرباب الدَّيْن: نحن نزيد على قيمته شيئًا نحطُّه عن ذمّة الميِّت، وندفع إلى أرباب الجناية القيمة، فذلك لهم، ولا كلام لأرباب الجناية. فإن لم يزيدوا وكانت الجناية وفاء الرّقبة، كان أربابها أَوْلَى بها، وإن كان فيها فضلٌ على الجناية والدَّيْن، بيع منه لهما جزء لدى[٥] من الثمن[٥] بأَرْشِ الجناية، ثمّ بالدَّيْن، ثم أعتق ثُلُث ما بَقِيَ، وكان الأفضل[٦] فيه عن الأَرْش والدَّيْن فأرباب الجناية أحقّ به، وقيل: إنّه يباع كلّه فيقتصّا منه جميعًا، وبه نقول.

---

(١) ف، ج: «عليه».
(٢) م، ف، ج: «اثنان» والصّواب ما أثبتناه.
(٣) م: «ذمته» وهو تصحيف.
(٤) م، ف، ج: «وإسلامه» ولعلّ الصواب الذي يقتضيه السياق ما أثبتناه.
(٥) كلمتان غير واضحتين في الأصول المعتمدة.
(٦) كذا بالأصول، ولعل الصواب: «وكان ما فضل».

....

(1) أي يخرج المدبّر.
(2) ممّا بقي.
(3) أي: تقاسما.
(4) وذلك ليختدمه.
(5) أي بعد إسلامه.

فرع:

فإن جرحَ السَّيِّدُ مُدَبّره، لم يضمن له أَرْشَ جراحه. وإن قتله، فلا ضمان عليه. وإن قتل المُدَبَّر سيِّدَه عَمْدًا، بطل تدبيره، وإن قتله خطأً، عتق في ماله دون دَيْنِهِ، وكان على المُدَبَّر الدِّية يُتبع بها، ولا تكون على عاقلته. والحمد لله ربِّ العالَمِين.

كتاب الفرائض والمواريث

العربية:

قال أبو حاتم[1]: الميراثُ مِفْعَال من الإِرث، والإرثُ ما بقي بعد صاحبه، وقيل لمال الميت: إرث وميراث؛ لأنه يخلفه ويبقى بعده.

اللّفظ الثّاني: «العَصَبَة» هم قرابة الرّجل وورثته من قِبَلِ أبيه الّذين ليس لهم سَهْمٌ معلومٌ في كتاب الله.

والعَصَبَة: مأخوذةٌ من العِصَابة وهم الجماعة من الخَلْق، وقيل: هي مأخوذة من العِصَابة الّتي يعصِّب بها الرَّجُل رأسه عند الحرب، قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ الآية[2]، إلى قوله: ﴿وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ وَلِأَبَوَيۡهِ﴾.

مقدّمة للكتاب[3] وفاتحة له:

اعلموا - وفقكم الله - أنّ الفرائض أصلٌ من أصول الدِّين، ومن أهمّ علوم الشّريعة وأركانها، حَضَّ النّبيُّ عليه السّلام عليها وعلى تعليم معانيها وتَعَلُّمِها، فقال ﷺ: «تَعَلَّمُوا الْقُرْآنَ وَالْفَرَائِضَ، وَعَلِّمُوهَا النَّاس، فَإِنِّي مَقْبُوضٌ»[4] وقال: «الْعِلْمُ ثَلاَثٌ: آيَةٌ مُحْكَمَةٌ، وَسُنَّةٌ قَائِمَةٌ، وَفَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ»[5] تولّى الله تقديرها، وبيَّن أحكامها.

والأصلُ فيها: آيةُ المواريثِ المتقدِّمةِ، قولُه جلَّ ثناؤه وتقدَّست أسماؤه: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾[6] الآية.

والأصلُ فيه من السُّنَّة: قولُه في حديث ابن عبّاس رضي الله عنه قال: قال النّبي

....

(1) في كتابه الزينة.

(2) النساء: 11.

(3) انظرها في القبس: 3/ 1031.

(4) أخرجه الترمذي (2091) وقال: «هذا حديث فيه اضطراب» انظر تلخيص الحبير: 3/ 79، وتعليق بشار عواد معروف على الجامع الكبير.

(5) أخرجه أبو داود (2885 م)، وابن ماجه (54)، والدارقطني: 4/ 67، والبيهقي: 6/ 208، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(6) النساء: 11.

عليه السّلام: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبْقَتِ الفَرَائِضُ، فَلأَولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»[1] وأكمل صلّى الله عليه أمرها بحديثِهِ الصّحيح حين قال: «لاَ نُورَثُ، مَا تَرَكْنَاهُ(١) فَهُوَ صَدَقَةٌ»[2]، وقال النّبيُّ عليه السّلام: «لاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلاَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ»[3].

وقد قرأناها على ستّة أنواع: قرأناها على القرآن، وعلى السُّنَّة، وعلى الاتّفاق والاختلاف، وعلى القربى، وعلى الإيجاز، وعلى الإلغاء، وبهذه الأصول السّتّة تنضبط، وبقلبها ظهرًا لبطنٍ تتحصّل، ولكنّ مالكًا في «الموطأ» تولّى بيانها على الأقرباء، فنحن على مِنواله ننسج، وفي سبيله نستنهج، فقال مالك في ذلك على طريق البيان(٢):

باب ميراث الصّلب[4]

وهي كلمةٌ بديعةٌ تلقّنها(٣) مالك ـ رحمه الله ـ من القرآن في قوله: ﴿يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾[5]. فذكر قرابة(٤) الأب الّتي هي الأصل، وبدأ بها لأنّها أصل الولادة، بها تجمع وعنها تتفرّع(٥)، فإذا خرجت عنها وانفصلت منها، نزلت في منازل التّطوير، وتغيّرت(٦) بإحكام التّقدير، وتفصّلت بأحكام التّدبير، حتّى تعود خَلْقًا سَوِيًّا من السُّلالة إلى استواء الخِلْقَة، فهاتان الحالتان(٧) هما(٨) أخصّ الأحوال بالإنسان، فوجب أن تقع البداية بها، ولذلك لم يُؤْثِر اللهُ تعالى شيئًا عليهما، قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيٓ

---

(١) م: «تركنا».
(٢) جـ: «التبيان».
(٣) في القبس: «تلقّفها».
(٤) في النسخ: «مونة» والمثبت من القبس.
(٥) م، جـ «يجتمع وعنها يتفرّع».
(٦) م: «وتعرفت».
(٧) جـ: «. . . الخلقة، بهاتين الحالتين».
(٨) م، ف، جـ: «والمثبت من القبس».

....

(1) سيأتي تخريجه صفحة: 548، التعليق رقم: 1.
(2) أخرجه مالك في الموطأ (2840) رواية يحيى.
(3) أخرجه مالك في الموطأ (1475) من حديث أسامة بن زيد.
(4) انظره في القبس: 3/ 1031 ـ 1032.
(5) الطارق: 7.

﴿أَوْلَٰدِكُمْ﴾ الآية[1]، واتّفقتِ الأُمَّةُ على أنها عامّةٌ جارية على شمولها، منتظمة على جملتها وتفصيلها، لا تتبيّن إلاّ في جملة مسائل:

المسألة الأولى[2]:

تخصيصُها بحديث جابر عن النّبي عليه السّلام؛ قوله: «لاَ نُورَثُ، مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ»، قالت فاطمة لأبي بكر: أرَأَيْتَ لَوْ مُتَّ أَكَانَتْ تَرِثُكَ ابْنَتُكَ؟ قال لها: نَعَمْ، قالت[(١)]: فَاعْطِنِي سَهْمِي! قال لها: سَمِعْتُ رَسُولَ الله ﷺ يَقُولُ: «لاَ نُورث مَا تَرَكْنَا فَهْوَ صَدَقَةٌ»[3] فكانت إحدى خِصَاله الكريمة يذكرها من سمعَها، وأصغى لها من غاب عنها، وَائْتَلَفَتْ الخَلِيقةُ عليها.

المسألة الثانية[4]:

هي مخصوصة بالكافر، لقول[(٢)] النّبي ﷺ: «لاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلاَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ» وقيل له ﷺ: أَيْنَ تَنْزِل؟ حين جاء مكّة، فقال: «وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيل شيئًا»[5] وذلك إجماعٌ أيضًا.

المسألة الثالثة[6]:

اتّفق العلماءُ من الصّحابةِ والتّابعين على أنّ من لا يرث لأجل[(٣)] الكفر لا يحجب، إلاّ عبد الله بن مسعود فإنّه حجبَ بالابن الكافر، كما[(٤)] يحجب بالابن المسلم[7]. وهذا ضعيفٌ؛ لأنّ الله تعالى أنزله في الميراث معدومًا، فكذلك في الحجب، وتحريره أحد

(١) جـ: «فقالت».

(٢) ف، م: «الحديث».

(٣) جـ: «من أجل».

(٤) في القبس: «من».

....

(1) النساء: 11.

(2) انظرها في القبس: 3/ 1032.

(3) أخرجه بنحوه أحمد: 1/ 13، والترمذي (1608) من حديث أبي هريرة.

(4) انظرها في القبس: 3/ 1032 ـ 1033.

(5) أخرجه البخاري (4282)، ومسلم (1351) من حديث أسامة بن زيد.

(6) انظرها في القبس: 3/ 1033.

(7) أخرجه ابن أبي شيبة (31155).

فائدتي[١] القرابة في الميراث، فأسقط حكمها الكفر، أصله السّهم[٢].

مزيد إيضاح:

قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ الآية[1]. وهو المذكور في قوله: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ﴾[2].

تنبيهٌ على مسألةٍ أصوليّةٍ[3]:

قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ الآية[4]، اتّفق المفسّرون على أنّ هذه الآية نسخت آية الوصيّة للأَقْرَبين[5]، وهذا لا يصحّ[6]؛ لأنّ من شروط النّسخ الأربعة - وهو أصلها - المعارضة حتّى لا يُمكِن الجمع، والجمعُ بين الآيتين ممكنٌ، فاستحال أن يقال: إن إحداهما نَسَخَتِ الأخرى.

وقالت طائفة: نسَخَها قولُ النّبي ﷺ: «إِنَّ الله أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[7]، وهذا الحديث اتّفقتِ الأُمَّةُ عليه.

قلنا: هذا باطلٌ؛ لأنّ الأُمّةَ لم تتَّفِق عليه لفظًا، والحديث ضعيفٌ، ولو كان قويًا لَنَقَلَهُ العدلُ عن العدلِ، وما جاز نسخ القرآن به لأنّه خبرٌ واحدٌ، ونَسْخُ القرآن لا يجوز

---

(١) كذا، ويمكن أن تقرأ: «أخذ ما يؤتى».

(٢) م: «النسيم» جـ: «المسلم» والمثبت من القبس، وتتمة العبارة كما في القبس: «... السّهم، يزيده إيضاحاً أن المذكور في قوله: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ والمذكور في قوله: ﴿إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ حجبا

....

(1) النساء: 11.

(2) النساء: 11.

(3) انظره في القبس: 3/ 1033 - 1035.

(4) النساء: 11.

(5) يقصد الآية: 180 من سورة البقرة.

(6) انظر كلام المؤلّف في هذه المسألة في كتابه الناسخ والمنسوخ: 2/ 17.

(7) أخرجه الطيالسي (1217)، وأحمد: 4/ 186، والدارمي (2532)، وابن ماجه (2712)، والنسائي: 6/ 247، والترمذي (2121) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والبيهقي: 6/ 264. وقد سبق تخريج الحديث من طريق آخر.

بخبرِ الواحدِ بإجماعٍ من الأُمَّةِ. وأمّا إن كانت الأُمَّةُ أجمعت على معناه، فالنّسخ بالإجماع محالٌ؛ لأنّه لا يصحّ تصوّره إلاّ بعد عدم الشّريعة الواردة ببيّان الأحكام على التّنصيص في المقال خاصّة.

فإن قيل: إجماع الأُمّة لا يكون إلاّ عن حديث سمعوه من النّبيّ عليه السّلام، فإذا أجمعوا عَلِمْنا ضرورةَ وجودِ الأثر.

قلنا: هذا مذهب محمّد بن جرير الطّبري، وهو ساقطٌ قطعًا، فإنّ الأُمّة قد تُجْمِعُ على النّظر كما تُجْمِع على الأثر، وقد بيّنّا ذلك في «**أصول الفقه**».

ومنهم من قال: إنّما سقطت الوصيّةُ للوالدين والأقربين، لقوله في الحديث الصّحيح: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبْقَتِ الْفَرَائِض، فَهُوَ لأَوْلى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ»[1].

قلنا: كما لم يُسْقِط هذا الحديث أصلَ الوصيّة في آية المواريث، لا يُسقط وصفَ الوصيّة للأقربين. وإنما معنى هذا الحديث المخصوص، فما بقي بعد الوصيّة والدَّيْن كيفما تصرّفت وجوه الوصيّة، وكيفما تصرّفت وجوه الدَّيْن، وقد رَوَى جابر بن عبد الله أنّه قال: جاءني رسولُ الله ﷺ يعودُني فقلت: يا رسولَ الله، كيف أصنع في مالي؟ فأنزل الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾[2]. رواه البخاري[3]. وثبت في الصّحيح أيضًا من طريق آخر أنّها نزلت: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾[4]. وروى المصنّفون والمُسْنِدُون عن جابر بن عبد الله أنّه خرج مع النبيّ ﷺ إلى الأسواف، وذكر حديثًا طويلاً، منه؛ أنّ امرأة سَعْد بن الرّبيع جاءت[1] بابنتين لها، فقالت: يا رسول الله ﷺ؛ إنّ سَعْدًا

---

(1) في القبس: «جاءته».

....

(1) أخرجه البخاري (6732)، ومسلم (1615) من حديث ابن عباس يقول ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 81 «الثابت في الصحيحين من حديث ابن عباس: فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر [وهي الرواية التي ذكرها المؤلّف سابقًا صفحة: 446]، وهذا اللفظ تبع[أي الرافعي] فيه الغزالي [في الوسيط: 4/ 346] وهو تبع إمَامِهِ [لعله الجويني في نهاية المطلب] وقد قال ابن الجوزي في التحقيق: إنّ هذه اللفظة لا تحفظ، وكذا قال المنذري. وقال ابن الصّلاح: فيها بُعْدٌ عن الصِّحَّةِ من حيث اللغة فضلاً عن الرواية؛ فإن العصبة في اللغة اسم للجمع لا للواحد».

(2) النساء: 11.

(3) في صحيحه: (4577).

(4) النساء: 176. والحديث أخرجه مسلم (1616) عن جابر.

هَلك، وَتَرَكَ هَاتَيْنِ، وإن عَمَّهُمَا اسْتَفَاءَ[5] مِيراثَهُمَا، وَإِنَّهُمَا لاَ تُنْكَحَانِ إلاَّ عَلَى مَالٍ. فقال رسولُ الله ﷺ: «يَقْضِي اللَّهُ في ذَلِكَ» ثمّ نزلت: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ الآية[1]. فدعا رسولُ الله ﷺ عمّهما، وقال: «ادْفَعِ الثُّمنَ إِلَى الْمَرْأَة، والثُّلُثَيْنِ للابْنَتَيْنِ، وَخُذْ مَا بَقِيَ»[2].

تنبيه على وهم[3]:

قال بعض علمائنا: هذه الآية في شأن سعد، نسخت ما كان في الجاهلية، وهذا باطلٌ؛ فإنّ الجاهليّة ليس لها حُكْمٌ يثبت حتّى يتطرّق إليه رَفْعٌ، ولا يثبت له في الإسلام قدم بيان[١]، فإنّه لو كان مسكوتًا عنه لكان شرعًا، ولو كان شرعًا لما انتزع النّبيُّ عليه السلام من أخي سعد بن الرّبيع ما كان أخذه، فإنَّ حكمَ النّاسخ يثبتُ ساعةَ نزوله ولا يعترض على ما سبقه، فلمّا أمر النّبيُّ ﷺ أخا سعدٍ بأن يردّ ما أخذَ، وهذا يُبيِّن أنّها كانت ظُلاَمَة.

تفسير[4]:

قوله تعالى: ﴿فِي أَوْلَادِكُمْ﴾[5] فأولاد الرّجال: كلُّ موجودٍ كان من صُلبه، دَنِيًا أو بعيدًا[٢]. قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾[6]. وقال عزّ من قائل: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾[7].

فمن علمائنا من قال: إنّه حقيقة في الأدنين مجاز في الأبعدين.

---

(١) في القبس: «ولا يثبت له قدم في الإسلام ببيان ولا تقرير».
(٢) ف: «بعدا» وفي القبس: «دنا أو بعد».

....

(1) أي استرجاع حقهما من الميراث وجعله فيئا له، وهو استفعل من الفيء.
(2) النساء: 11.
(3) أخرجه أحمد: 3/ 352، وأبو داود (2891 م)، وابن ماجه (2720)، والترمذي (2092) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، وأبو يعلى (2039)، والبيهقي: 6/ 216.
(4) انظره في القبس: 3/ 1035.
(5) انظره في القبس: 3/ 1035 ـ 1036.
(6) النساء: 11.
(7) الأعراف: 26.
(8) الحجّ: 78.

ومنهم من قال: إنّه حقيقة في الكلّ لأجل عموم الاشتقاق الّذي هو التّولُّد فيه.

والصّحيح عندي أنّه مجاز؛ لأنّه يجوز نفيه عنه، والحقائق لا يجوز نفيُها عن مسمّياتها.

وعلى كلّ حالٍ فإنّ الأمّة أجمعت على العموم في قوله: ﴿أَوْلَٰدِكُمْ﴾[1] وإن سفلوا كما دخل في قوله: «آباء» الآباء وإن علوا، فإذا ثبت أنّه على العموم في الأولاد، فليس يقتضي ذلك اشتراك[١] الأدنى والأبعد، لقول النّبيّ ﷺ: «فَمَا أَبْقَتِ الْفَرَائِض فَلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»[2] فلأجل ذلك يقدّم الابن على أبيه[٢]، ولولا ذلك لاشترك الأب وابنه في الميراث بحكم الاشتراك في العموم، وعلى هذا ينبني اختلاف العلماء في قوله: «هذا حَبْسٌ على ولدي» هل تلحق الدّرجة السّفلى بالعليا؟ على ثلاثة أقوال:

1 ـ فقالت طائفة: لا تلحق، وهذا ضعيف.

2 ـ وقالت طائفة: تلحق بهم، وهو الصّحيح.

3 ـ وقالت طائفة: يشتركون فيه، ويؤثر الأعلى، وهذا إنّما هو استحسانٌ لا يعضده الدّليل في أصل المسألة، وكذلك يكون الحكم في البنات وبنات الابن.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[3]:

قولُه[4]: «مِيرَاثُ الْوَلَدِ مِنْ وَالِدِهِمْ» اعلم أن ميراثهم على ضربين:

أحدهما: أن يرثوا بالتّعصيب، وهو أن يكونوا رجالاً ونساء.

والثاني: أن يرثوا بالفرائض، وهو أن يكنّ نساء، فإن ورثوا بالتّعصيب وكانوا رجالاً، فالميراث بينهم بالسّواء، لتساويهم في سبب استحقاقه، وإن كانوا رجالاً ونساءً فللذّكر مثل حظّ الأنثيين.

وأمّا إن ورثت البناتُ بالفرائض، فلا يخلو أن تكون واحدة أو أكثر، فإن كانت

---

(١) م، ف، ج: «اشتراط» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، ج: «الابنة» والمثبت من القبس.

....

(1) النساء: 11.

(2) سبق تخريجه.

(3) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 224.

(4) أي قول مالك في الموطأ (1449) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3026).

واحدة فلها النّصف، وإن كانتا اثنتين فالّذي عليه جماعة الصّحابة ومن بعدهم أن فرضهما الثُلُثان؟

ورُوِيَ عن ابن عباس أن فرضهما النّصف، ولم يثبت ذلك عنه، والدّليل على ضعفه: إجماع النّاس على خلافه.

ومن جهة المعنى: أنّ كلّ نوع من النّساء فرض إحداهنّ النّصف، فإن فرض الاثنين منهما الثُلُثان، أصله الأخوات.

المسألة الثانية[1]:

فإن كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبةٍ يستحقّ الباقي، دفع إليه. وإن لم يكن ذلك، دفع باقي التّركة إلى بيت مال المسلمين، هذا قول زيد[2]، وغيره[3]، وسليمان بن يسار، ومالك، والشّافعي[4]، وقد رُوي عن عمر، والمشهور عنه أنّه كان يردّ ما فضل عن ذوي الفرائض على ذوي السّهام من ذوي الأرحام، وبه قال علي، وأبو حنيفة[5]، وأحمد، والثوريّ، إلاّ ابن مسعود فإنّه لم يردّ على أربع من أربع: لم يردّ على ابنة الابن مع البنت، ولا على الأخت للأب مع الأخت الشقيقة، ولا على ولد الأم مع الأم، ولا على الجد مع ذي سهم من ذوي الأرحام، فإذا انفردن عن الأربعة ردّ عليهن، وأجمعوا على[١] أنّه لا يردّ على الزّوج والزّوجة.

والدّليل على صحّة القول الأوّل: قوله تعالى: ﴿فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾[6]، وقوله: ﴿وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾[7] فيجعل تعالى للأخت النّصف، وأبو حنيفة يجعل لها الكلّ.

وأيضًا: فإنّه تعالى قد فرّق بين الأخ والأخت، وأبو حنيفة[8] جعل حكمهما واحدًا.

ومن جهة القياس: أنّ هذا ذو سَهْم لا تعصيبَ له، فلم يردّ عليه كالزّوج والزّوجة.

---

(١) «على» زيادة من المنتقى.

....

(1) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 224.
(2) هو زيد بن ثابت.
(3) كعروة بن الزّبير.
(4) انظر الأم: 8/ 219 (ط. قتيبة).
(5) انظر المبسوط: 29/ 192.
(6) النساء: 11.
(7) النساء: 176.
(8) انظر المبسوط: 29/ 154.

وهنا كلامٌ يفتقرُ إلى جملةِ بيان في فصول ثلاثة:

الفصل الأوّل
في بيان الأسباب الّتي يتوارث الخلق بها

فالأسبابُ الّتي تُوجِب الميراث عندنا أربعة: نسب، ونكاح، وولاء، وإسلام، وبه قال الشّافعيّ.

وقال أبو حنيفة: هي خمسة: نكاح، ونَسَبٌ، وولاء، وحلف، واتّحاد الدِّيوان.

وقولنا: «إنّ الإسلام سببٌ»(١) أن علماءنا اتّفقوا على أنّ الرّجل إذا لم يكن له وارثٌ لا يجوز له أن يُوصِي بجميع مَالِه؛ لأنّ بيت المال وارثه.

وقال أبو حنيفة[1]: يُوصي بجميع ماله، والمسألة طبولية، وتعلَّقَ فيما انفرد به عنّا بقوله تعالى: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَالِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ الآية[2]. فأوجب(٢) تعالى الميراثَ بالمعاقدة قولاً، والاتّحاد في الدّيوان معاقدةٌ فعلاً.

والوارثون[3] من الرّجال عشرة؛ الابنُ، وابنُ الابنِ وإن سفل، والأب(٣)، والجدّ وإن علا، والأخ، وابن الأخ،(٤) والعمّ، وابن العمّ، والزّوج، ومولى النّعمة.

ومن النساء سبع: البنتُ، وابنة الابن وإن سفلت، والأم، والجدّة، والأخت، والزّوجة، ومولاة النّعمة.

وأمّا الفروض المقدَّرة في القرآن فستّة: النّصف، ونصف النّصف وهو الرّبع، ونصف الرّبع وهو الثُّمن، والثُّلُثان، ونصف الثُّلُثين وهو الثُّلُث، ونصف الثُّلُث وهو السُّدُس.

---

(١) «سبب» زيادة من القبس: 3/ 1045، حيث وردت العبارة نفسها، والفقرة التّالية هي المسألة الأولى.

(٢) م، ف، ج: «وأوجب» والمثبت من القبس: 3/ 1046 .

(٣) في الخصال الصغير بزيادة: «والأب وأبوه».

(٤) في الخصال الصغير بزيادة: «والأخ وأبنه وان سفل».

....

(1) انظر المصدر السابق: 29/ 18.

(2) النساء: 33.

(3) من هنا إلى آخر المسألة مقتبس من الخصال الصغير: 90 بتصرُّف يسير.

المسألة الثانية:

وأمّا تسمية من لا يرث من وجهٍ ويرث من وجهٍ آخر: فهو الجدّ من الأمّ، وبنو الإخوة من الأمّ، والأعمام من الأمّ، والأخوال، وذكور بني البنات، وذكور بني الأخوات، وبنوهم لا يرثون بهذا النّسب الّذي ذكرنا، وهم يرثون إذا كانوا من عصبة الميّت بسبب قرابة الصُّلب.

المسألة الثّالثة: في تسمية من لا يرث بحالٍ من الأحوال

بناتُ البناتِ من قبل ما كنّ[١]، وبنات الإخوة من قبل ما كانوا، وبنات الأعمام، فهؤلاء وبنوهم وبنو بنيهم لا يرثون شيئًا، ولا يَحْجُبُون وارثًا، والعمّة تُورَثُ ولا ترِثُ، والخالة لا تُورَث ولا تَرِث، وقد تكون الخالة عمّة فتُورث، والجدّة أمُّ الأمّ تَرِث ولا تُورَث، والجدّةُ أمّ الأب ترِث وتورَث. ولا يرث دَيْن دَيْنًا، ولا الكافرُ المسلمَ، ولا المسلمُ الكافرَ، إلاّ السيّد يرث عبده بالمِلْكِ مسلمًا كان العبد أو ذمّيًا، وكذلك النّصرانيّ يُسْلِم عبده وبيده مالٌ، فيموت العبدُ الّذي أسلمَ قَبلَ أن يباعَ عليه، هو يرث المال الّذي كان بيده، ولا يرِث الحرُّ العبدَ، ولا العبدُ الحرَّ، ولا يرث المُعْتَق إلى أجلٍ، ولا الْمُعْتَق بعضه، ولا الْمُكَاتبون، ولا الْمُدَبَّرون، وأولادهم يتوارثون إذا كانوا أحرارًا ولا يرث القاتلُ عَمْدًا من مالٍ من قَتلَ، ولا من ديّته، ويقاد منه القتل إلاّ أن يعفو من له العفو من الورثة. ولا يرث القاتلُ خطأً مِنْ الدّيَة الّتي أخذت منه، ويرث من المال. والقاتلُ عَمْدًا أو القاتلُ خطأً يرِثان الولاء جميعًا. ولا يرث[٢] المولودُ حتّى يستهلّ صارخًا. ولا يتوارث المجهولون موتهم[1] إلاّ بالبَيِّنَة واليمين، وميراثُ كلّ واحدٍ منهم لوَرَثَتِه من الأحياء. ولا يورث إلاّ من وُلدَ في الإسلام. ولا يتوارث تُؤامُ[٣] الزّانية إلاّ بالأمّ، وكذلك أولاد المغتصبة وتُؤَامُها لا يتوارثان إلاّ بالأُمّ، وتُؤام المسبيّة، وتُؤَامُ الملاعنة، وتُؤَامُ المستأمنة

---

(١) ف، ج: «ما كان».

(٢) م: «يورث» وهي صحيحة أيضًا؛ لأنه لا يرث ولا يورث.

(٣) م، ف: «أتوام» ثم كل النّسخ تتفق على هذا في الرسوم اللاحقة.

....

(1) أي لا يتوارث من جُهِلَ موته، مثل أهل البيت يموتون في حادث فلا يُعلم أيّهم مات قبل صاحبه.

يتوارثان بالأب والأمّ إذا كانت الولادة في العرب. ولا يرث أولاد أمّهات الأولاد الّذين وُلِدُوا من غير سيِّدهم؛ لأنّهم بمنزلة أمّهاتهم، والأمّهات لا تعتق إلاّ بموت السَّيِّد، فإنّهم كما وصفتُ لك ممّن ترث وتورث، وممّن ترث ولا تُورث.

الفصل الثّاني
في ذكر الحجب ومن يحجب
ومن لا يحجب وكيفية القسمة

الأب يحْجُب أَبَوَيْه، ويحْجُبُ الإخوة ذكورهم وإناثهم، والأعمامُ لا يرثون معه شيئًا. والأمّ تَحْجُبُ الجدّات كلهنّ لا يرثن معها شيئًا. والابن يَحْجُبُ من تحته من بني البنين ذكورهم وإناثهم، ويحْجُبُ الإخوة كلّهم، والأعمام لا يرثون معه شيئًا. والأخ من الأب والأمّ يحْجُبُ الأخ من الأب، والأخ من الأَبِ يحْجُبُ ابن الأخ للأب، وابنُ الأخ من الأب يحْجُبُ ابن الأخ من الأب والأمّ، الأقربُ أبدًا يحْجُبُ الأَبْعَد.

وأمّا من لا يسقط بحال وهم ستّة: البنون، والبنات، والآباء، والأمّهات، والزّوج، والزّوجات.

وأمّا قسمة المال، ففي ذلك إحدى عشرة مسألة:

المسألة الأولى: فيمن يرث المال كلّه

الابن، وابن الابن، والأخ، وابن الأخ، والعمّ، وابن العمّ، والأب والجدّ إذا انفردوا.

المسألة الثّانية: فيمن يرث الثُّلُثَين

ترثه ابنتان فصاعدًا إذا لم يكن معهما ابنٌ ذكرٌ، وكذلك ابنتا ابن[1] وأختان شقيقتان ولأبٍ فصاعدًا إذا لم يكن معهنّ ذكر منهنّ.

المسألة الثّالثة: فيمن يرث النّصف

الابنةُ الواحدة إذا لم يكن معها ذكرٌ، وكذلك ابنة الابن، والأخت الشّقيقة ولأب الواحدة إذا لم يكن معهنّ ذكر منهنّ، والزّوج إذا لم يكن معه ولد، ولا ولد ولدٍ.

المسألة الرّابعة: فيمن يرث الثُّلُث

الأمّ إذا لم يكن معها ولد، ولا ولد ولدٍ، ولا اثنان من الإخوة فصاعدًا إلاّ في

(١) ف: «اثنتان ابن»، جـ: «ابنتان وابن».

الفريضتيْن الّتي يقال لهما: الغَرَّاوَان، وإخوان الأمّ فصاعدًا ذكورًا كانوا أو إناثًا، مقسومًا ذلك بينهم بالسّواء.

المسألة الخامسة: فيمن يرث الرُّبع

الزّوج مع الولد، وولد، والزّوجة إذا لم يكن معها ولدٌ، ولا ولد ولدٍ، ذَكَرًا كان الولد أو أنثى.

المسألة السّادسة: فيمن يرث السُّدُسَ

يرثُه الأب والجدّ مع الولد وولد الولد، والأمّ مع الولد وولدِ الولد، ومع اثنيْن من الإخوةِ فصاعدًا، والأخ الواحد للأم ذكرًا كان أو أنثى، والجدّة واحدة كانت أو أكثر، وبنات البنين مع الابنة الواحدة، والأخوات للأب مع الأخت الشّقيقة الواحدة.

المسألة السابعة: فيمن يرث الثُّمُنَ

ترثه الزّوجة مع الولد وولد الولد، ذكرًا كان أو أنثى.

المسألة الثّامنة: في المقاسمة في المال كلّه بالسّواء وفيما يبقى أيضًا كذلك

وهم الذّكور من البنين، وبني البنين، والإخوة الشّقائق، والأب والأعمام وبنوهم وبنو بنيهم، والأخوات الشقائق، والأب مع البنات ومع بنات البنين.

المسألة التّاسعة: في المقاسمة للذَّكَرِ مثل حظّ الأنثيين في المال كلّه وفيما يبقى لأهل الفرائض المسمّاة

وهم الذّكور مع الإناث مع البنين وبني البنين، والإخوة الشّقائق، والأب والجدّ مع الأخوات الشقائق، والأب إذا كانت المقاسمة أفضل أنصبائه.

المسألة العاشرة: في التّخيير

فالجدّ مخيَّرٌ مع الإخوة إذا كان معهم من له فريضة مسمّاة في السُّدُسِ من رأس المال، أو في ثُلُثِ ما بقي لأهل الفرائض، وفي مقاسمة الإخوة كأنّه أخ مثلهم. فإذا لم يكن معهم من له فريضة مسمّاة، كان مُخَيَّرًا في الثُّلُث من رأس المال وفي مقاسمة الإخوة.

المسألة الحادية عشرة: في قسمة ثلث ما بقي للأمّ في الفريضتين اللّتين يقال لهما الغرّاوان[1]

وهما زوج وأبوان، وزوجة وأبوان، للزّوجين فرائضهما، وللأمّ ثُلُث ما بقي.

(1) انظر كتاب الفرائض للسُّهيلي: 58.

فهذه أصولٌ ربطت جميعَ الفرائض والمواريث(١) والحُجب المشكلة منها فقابلوها.

باب[1]
ميراث الرّجل من امرأته والمرأة من زوجها

بوَّبَ مالك هذا الباب، وبيَّنَ أنّ فرض الزّوج النِّصْفُ، ويرجع إلى الرُّبُع[2]، وكذلك الزّوجة فرضها الرُّبُع، وترجع إلى الثُّمُن[3]. والأصل في ذلك: الآية المتقدّمة.

وإن كانت الزّوجات اثنتين أو ثلاثًا، فهذا حكمها: لهنّ الرُّبُع دون الولد وولد الولد، ولهنّ الثُّمُن مع الولد وولد الولد، يقتسمن ذلك على السّواء، ولا ينقصن من الثّمن إلاّ أن ينقصَ العَوْل، وذلك مثل أن يترك زوجة وأبوين وابنتين، فأصلُ الفريضة من أربعة وعشرين، وتعولُ إلى سبعة وعشرين، وتسمّى: «المنبريّة» وذلك أنّ عليّ بن أبي طالب سُئلَ عن(٢) ميراث الزّوجة من هذه المسألة وهو يخطب فقال: «عَادَ ثُمُنُها تِسْعًا»[4] ومضى في خُطْبَتِه، فسمِّيت المنبريّة.

باب[5]
ميراث الإخوة للأمّ

قال الإمام: معنى هذا الباب؛ أن الإخوةَ للأمّ لا يرثونَ مع وارثٍ من الولدِ وولَدِ الولَدِ، وَلاَ يرثون مع وارث من الآباء والأجداد، ويرثون مع غيرهم بالفَرْضِ دون التعصيب؛ لأنّهم يستفيدون ذلك من الأمّ وليست من أهل التّعصيب، وفرض الواحد منهم

---

(١) م، ف، جـ: «الموارث».

(٢) م، ف، جـ: «في» والمثبت من المنتقى.

....

(1) هذا الباب مقتبس من المنتقى: 6/ 227.
(2) أي يحجبُه الولد وولد الابن إلى الرُّبُع.
(3) أي يردّها الولد وولد الابن إلى الثُلُث.
(4) أخرجه البيهقي: 8/ 253، وانظر تلخيص الحبير: 3/ 90.
(5) هذا الباب مقتبس من المنتقى: 6/ 229.

السُّدُس[1]، وفرض الاثنين فما زاد الثُّلُث[١]، ذكورهم وإناثهم في ذلك سواء.

الأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾[2] معناه: أن يورث بغير أبوين ولا ولد، ثمّ قال: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾[3] فسوّى بين الأخ والأخت، ثم قال: ﴿فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾[4] فوجب أن يرجع الضّمير إلى الذّكور والإناث، وذلك يقتضي تَسَاوِيهم في الثُّلُث؛ لأنّ ذلك ظاهر لفظ[٢] الاشتراك.

باب[5]
ميراث الجدّة

قال الإمام: اعلموا أنّ الجدّة قد دخلت في قوله: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ﴾[6] كما دخل الجدُّ، فاقتضت التّشريك[٣] وإن خالف اللّفظ، كما دخلت الأمّ وإن اختلف اللّفظ؛ إلاّ أن[٤] مالكًا[7] وغيره رَوَى عن قَبِيصَةَ بن ذُؤَيبٍ؛ أنّه قال: «جَاءَتِ الجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ» إلى قوله: «فَهُوَ لَهَا». وقول أبي بكر: «مَالَكِ فِي كِتَابِ اللهِ مِنْ شَيْءٍ»

---

(١) «الثلث» زيادة من المنتقى يلتئم بها الكلام.

(٢) في المنتقى: «لفظ ظاهر».

(٣) م، ف، جـ: «الشريك» والمثبت من القبس.

(٤) م، ف، جـ: «لأنّ» والمثبت من القبس.

....

(1) ولا ينقص ذلك إلاّ بالعول.

(2) النساء: 12.

(3) النساء: 12.

(4) النساء: 12.

(5) انظر أغلب هذا الباب في القبس: 3/ 1039 ـ 1040.

(6) النساء: 11.

(7) رواه مالك في الموطأ (1461) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3038)، وسويد (212)، ومحمد بن الحسن (723)، والقعنبي عند الجوهري (223)، وإسحاق بن سليمان الرازي، والطّبّاع، ومصعب الزبيري عند أحمد: 4/ 225، ومعن عند الترمذي (2101)، وبشر بن عمر عند ابن الجارود (959)، وابن وهب عند الطحاوي في شرح مشكل الآثار(6049).

غريب في[١] الفقه؛ لأنّه جعل الجدّ أبًا ولم يجعل الجدّة أُمًّا، والمعنى في ذلك: نقصان درجات النّساء؛ لأنّه لا ينكر[٢] في الأولاد فلم ينكر[٢] في الآباء، فبنتُ البنتِ ليس لها شيءٌ، وكذلك أمّ الأمّ.

ثمّ جاءت الأخرى إلى عمر، وقيل: إلى أبي بكر، فذكر مالك الرّوايتين[1]، وقال علماؤنا: إنّ الّتي جاءت أوّلاً إلى أبي بكر كانت أمّ الأمّ، ورَوَى ذلك ابن وهب وغيره مُفَسَّرًا[2]، وعليه يدلُّ تعليل الأنصاريّ، إذ قال لأبي بكر: أَمَا إِنَّكَ تَتْرُكُ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ وَهُوَ حَيٌّ، كانَ إِيَّاهَا يَرِثُ، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا[3].

توفية:

اعلم أنّ الجدّة من قِبَلِ الأُمّ لها السُّدُس، والجدّةُ من قِبَلِ الأب لها السُّدُس، فإذا اجتمعتا وكانت جدّة الأب أقرب بدرجة أو درجتين فالسُّدُس لها وحدها، وأيُّهما خَلَتْ به فهو لها.

واعلم أنّ جدّة الأب ترث مع كلّ وارثٍ إلاّ مع الأب والأمّ، وجدّة الأمّ ترث مع كلّ وارثٍ إلاّ مع الأمّ وحدها.

باب
ميراث الكلالة

الأصل في هذا الباب: قولُه تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾ الآية[4].

---

(١) م، ف، جـ: «من» والمثبت من القبس.

(٢) م، ف، جـ: «ينكرون» والمثبت من القبس، وفي القبس: 4/ 176 (ط. الأزهري): «يتكررن».

....

(1) انظر الموطأ (1465) رواية يحيى.

(2) انظر التمهيد لابن عبد البرّ: 11/ 96.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (1462) رواية يحيى.

(4) النساء: 12، وانظر أحكام القرآن: 1/ 345.

وقوله[1]: «إنّ عُمَرَ سَأَلَ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنِ الْكَلاَلَةِ؟» يحتمل[2] أن يسأل عن حكمهم في الميراث. ويحتمل أن يسأل عمّن يستحقّ هذا الاسم من الوَرَثَة والمورّثين.

العربيّة[3]:

اختلف العلماء وأهل اللّغة وغيرهم في الكَلاَلَةِ، فقال: صاحب«العين»[4]: الكلالةُ الّذي لا ولدَ له ولا والد.

وقيل: إنّ الكلالة منْ بَعُد، يقال كَلَّتِ الرَّحِمُ إذا بَعُدَ من خرج منها.

وقيل: إنّ الكَلاَلَة هم الوَرَثَة الّذين يحيطون بالميراث.

وقيل: إنّ الكَلاَلَةَ المالُ، ولا وجه له.

وقيل: الكَلاَلَة من فقد أَبَاهُ وأمّه قبله ثم مات بعد ذلك.

تنقيح[5]:

قال الإمام: والكَلاَلَة الموروث على مقتضى الحديث، وهو ظاهر القرآن، وذلك قولُه: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾[6] وقال ﷺ: «يَكْفِيكَ آيَة الصَّيْف»[7] يقتضي أنّ السُّؤال كان عن أحكام الوارِثِينَ.

والآية نزلت في شأن جابر بن عبد الله، رواه ابن المُنْكَدِر عنه، قال جابر: مرضت فأتاني النّبي ﷺ وأبو بكر وعمر(١) وقد أُغْمِيَ عليَّ فلم أكلِّمهم، فتوضّأ فصبَّ عليَّ،

---

(١) في المنتقى: «فأتاني النبي ﷺ يعودني هو وأبو بكر ماشيين».

....

(1) أي قول زيد بن أَسْلَم في الموطأ (1467) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب(3045)، وسويد (214).

(2) الكلام التالي مقتبس من المنتقى: 6/ 241.

(3) قارن بالأحكام: 1/ 345 ـ 347.

(4) 5/ 279 وعبارته: «الكَلُّ: اليتيمُ [والكلُّ]: الرجلُ الذي لا وَلَدَ له، والفعلُ: كَلَّ يَكِلُّ كَلاَلَةً».

(5) ما عدا الفقرة الأخيرة مقتبس من المنتقى: 6/ 241، وانظر كلام السهيلي [وهو تلميذ ابن العربي] على الكلالة في كتاب الفرائض: 69 ـ 72.

(6) النساء: 12.

(7) أخرجه مالك في الموطأ (1467) رواية يحيى، بلفظ: «يكفيك من ذلك الآيةُ التي أُنزِلَتْ في الصَّيْفِ».

فأفقتُ فقلتُ: يا رسولَ الله! كيف أصنعُ في مالي ولي أخوات؟ قال: فنزلت آية الصّيف[1].

وروى أبو إسحاق عن البراء[2]؛ أنّ(١) آخر آية نزلت: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾ الآية[3].

قُرِئ[4] بفتح الرّاء وكسرها، وتشديدها مكسورة، فإن كان بالفتح فذلك عائد على الميّت، ويكون قوله: ﴿كَلَٰلَةً﴾ حالاً من الضّمير في يُورَث.

وإذا قرئ بالكسر، فذلك عائد إلى الوَرَثَة، ويكون قوله: ﴿كَلَٰلَةً﴾ مفعولاً يتعدّى الفعلُ إليه، وكذلك بالتّشديد؛ وإنّما فائدته تضعيف الفعل.

الفقه في مسائل:

المسألة الأولى[5]:

قوله[6]: «الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا» إلى آخر كلامه، هو كما قال، أنّ الكلالة على ضربَيْنِ عند كثيرٍ من العلماء:

أحدهما: من لا يرث مع الوالدين عَلَيًا أو سفلا؛ كالإخوة للأمّ، وذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً﴾[7].

والثّاني: من لا يرث مع الابن وابن الابن، ولا مع الأب، ويرث مع الجدّ وابنة الابن، وذلك قوله[8] تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ الآية[9].

---

(١) م، ف، جـ: «أنها» والمثبت من المنتقى.

....

(1) أخرجه البخاري (5664)، ومسلم (1616).
(2) أخرجه مسلم (1618).
(3) النساء: 12.
(4) انظر كلامه في النحو في الأحكام: 1/ 345 ـ 346.
(5) هذه المسألة مقتبسة من المنتقى: 6/ 241.
(6) أي قول مالك في الموطأ (1468) رواية يحيى، ورواه عن مالك: أبو مصعب (3046).
(7) النساء: 12.
(8) أي: وذلك ما تضمّن حكمه قوله تعالى.
(9) النساء: 176. وانظر كتاب الفرائض لأبي القاسم السهيلي: 69 ـ 77.

باب
ما جاء في العمّة

هذه المسألة[1] ترجمتها في «**مسائل الخلاف**» وقد اختلف الصّحابة فيها والفقهاء والتّابعون، فالأكثر على سقوطها، وأنّ التَّوَارُثَ إنّما يقع بين من سمّى اللَّهُ في كتابه، والباقي للعصبة، لقوله: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا» الحديث المتقدّم[2].

واختار أبو حنيفة[3] توريث ذوي الأرحام، وتعلّق بالقرآن والسُّنَّة والمعنى.

أمّا القرآن فقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[4] وقد تكلّم علماؤنا عليها بوجوه، أقواها أنّه عموم إن لم يكن مُجْمَلاً، فإذا كان عامًّا خصّصه المُفَسَّر من القرآن والسُّنَّةُ.

وأما متعلّقه من السُّنَّة فضعيفٌ، ليس له في ذلك أَثَرٌ صحيحٌ.

وأمّا متعلّقه من المعنى فقويٌّ، قال: سَاوَى[(١)] المسلمين في الإسلام، وفَضَّلَهُم بالقرابة، فوجبَ ترجيحه عليهم. وقد استوفينا الكلام معه في ذلك في «**مسائل الخلاف**» والصّحيحُ توريثُهُم.

عارضة:

وهي امرأة توفّيت وتركت زوجها، وأمّها، وأختها لأمّها وأبيها، وجدّها، فللزّوج النّصف، وللأمّ الثُّلُث، وللجدّ السُّدُس، وللأخت للأب والأمّ النّصف، ثم يجمع سُدُس الجدّ ونصف الأخت فيقسم للذَّكَر مثل حظّ الأنثيين؛ لأنّ الجدّ يقول: أنا أشارِكُ أخاكَ وأفضله، فكيف يفضلني وهو أفضل منك؟ وهذا ترجيح في ترجيح، ولا جوابَ عليه، وذلك بَيِّنٌ في «**الخلاف**».

---

(١) م: «فقوي لتساوى»، ف: «فقوي تساوي»، ج: «فقوي يتساوى» والمثبت من القبس.

....

(1) انظرها في القبس: 3/ 1044 ـ 1045.

(2) انظر صفحة: 546، 549 من هذا المجلّد.

(3) انظر: مختصر اختلاف العلماء: 4/ 472، والمبسوط: 30/ 2.

(4) الأنفال: 75، وانظر أحكام القرآن: 1/ 889.

عارضة أخرى:

وهي مسألة «الْمُعَادَّة» قال بها مالك في الميراث والوصيّة، وأنكرها الشّافعيّ وكثير من الفقهاء[1]. فقال مالك: إنّ الوَرَثَة يعادُّون أهل الوصايا بوصيّة الوارث، ثمّ يردّونها ميراثًا، وكذلك يعادُّون الإخوة للأب والأمّ والجدّ[١] بالإخوة للأب، فإذا أخذوا نصيبهم معهم أخذوه من أيديهم.

فإن قيل: كيف يحجب الجدّ من لا يرث؟ أو كيف يحطّ من لا يقسم له؟

قلنا: ليس ذلك بنكير في الفرائض؛ فإن الإخوة للأمّ يَحْجُبُون الأمّ عن فرضها ويحطّونها عن سهمها، وهم يحجبون عن سهمهم.

عارضة أخرى:

اختلف العلماء في ميراث المرتدّ:

فقالت طائفة: ميراثه لوَرَثَتِهِ المسلمين، رُوِيَ ذلك عن عليّ[2]، وبه قال ابن المسيّب[3]، والحسن البصري[4]، وإسحاق، وعمر بن عبد العزيز[5].

وقالت طائفة: لا يرث[٢] المرتدُّ وَرَثَتَهُ من المسلمين، ولا يرثُهم لأنّه كافر، وقد ثبت أنّه «لا يرث المسلم الكافر»[6] وهذا قول مالك وربيعة؛ أنّ ميراثه للمسلمين؛ لأنّ دمه كان مباحًا. وهذا هو الصّحيح للحديث المتقدّم، وبه أقول.

عارضة أخرى:

قال علماؤنا: حكم ولد الزّنا حكم ولد الملاعنة[7]، إذ لا أَبَ له ولا لابْنِ

---

(١) م، ج: «الجد».

(٢) كذا في الأصول، ولعلها: «لا يورث».

....

(1) انظر المبدع لابن مفلح: 6/ 124.

(2) أخرجه عبد الرزاق (10139)، (10143)، كما أخرجه أيضًا ابن أبي شيبة (31385).

(3) أخرجه عبد الرزاق (10144).

(4) أخرجه عبد الرزاق (10146)، وابن أبي شيبة (3187).

(5) أخرجه عبد الرزاق (10141)، كما رواه ابن أبي شيبة (31386).

(6) سبق تخريجه صفحة: 546، التعليق رقم: 3.

(7) انظر المعونة: 3/ 1655.

الملاعنة، هذا قول عطاء، وسفيان الثّوري، والزّهري، وبعض المدنيّين.

عارضة أخرى في ميراث الخنثى:

هذه نازلةٌ تعتبر، وإن كان قد قال كل من يُحْفَظ عنه من أهل المدينة أنّ الْخُنْثَى يورث من حيث يبول، فإنْ بال من حيث يبول الرَّجُل ورثَ ميراث الرّجل، وإن بال من حيث تبول المرأة ورث ميراث المرأة[1]، وهو مذهب عليّ بن أبي طالب، ومعاوية، وأهل الكوفة[2].

وقالت طائفة: يورث من حيث يسبق البول[3]، وعليه الجمهور، وبه قال أحمد[4]، وإسحاق.

فإن بال منهما جميعًا، فهو الخنثى المشكل، واتّفق أهل الفرائض على أنّ له نصف ميراث رجلٍ ونصف ميراث امرأةٍ، فإن انفرد وحده فله ثلاثة أرباع المال، قال أبو غالب في «**فرائضه**»: لا كلامَ بين أهل العلم في ذلك، وقد اختلفوا في الحسَاب.

فقال بعضهم: من توفيّ وترك ابنًا خُنثى وابنًا صحيحًا، فريضتهما من سبعة، للصّحيح أربعة وللخنثى ثلاثة.

ومنهم من قال: فريضتهما من خمسة، للخنثى سهمان وللصّحيح ثلاثة.

وذلك كلُه غَلَطٌ، والصّواب أن يعمل فريضتان: فريضة على أنّه ذَكَر، وفريضةٌ على أنّه أنثى، ففريضتهما على أنّهما ذكران من اثنين، وفريضتهما على أنّ أحدهما أنثى من ثلاثة، فاضرب الثّلاثة في اثنين فذلك ستّة، ثم ضعّفهما فذلك اثنا عشر، وإنّما أضعفناهما

....

(1) فصل المؤلّف في الأحكام: 4/ 1274 ما أجمله هاهنا فقال: «ورُوي عن علمائنا فيه [أي في الخنثى] قال مُطَرِّف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وابن وهب وابن نافع وأَصْبَغ: يعتبر مَبَالُهُ، فإن بال منهما فالأَسْبَق، وإن خرج منهما فالأكثر، ولولا ما قال العلماء هذا لقلتُ: إن بال من ثقب؛ إنه يعتبر به هو الآخر؛ لأنّ الولد لا يخرج من المبال بحالٍ، وإنّما ثقب البول غير مخرج الولد، ويتبيّن ذلك في الأنثى. وقالوا على مخرج البول ينبني نكاحه وميراثه وشهادته وإحرامه في حجّه وجميع أمره».

(2) انظر مختصر اختلاف العلماء: 4/ 456.

(3) جاء في الأحكام: 4/ 1673 «قال لنا شيخنا أبو عبد الله الشقّاق فرضيُّ الإسلام: إن بال منهما جميعًا ورث بالذي يسبق منه البول، وكذلك رواه محمد بن الحنفية عن عليّ، ونحوه عن ابن عباس، وبه قال ابن المسيب، وأبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وحكاه المزني عن الشافعي».

(4) هو الذي نصّ عليه أحمد كما في المغني لابن قدامة: 9/ 109.

ليكون بيد[1] كل واحد منهما من التذكير والتأنيث نصف صحيح، ثم قسمناهما على أنّهما ذكران فلكلّ واحد ستّة، ثم قسمناها على أنّ أحدهما أنثى فيكون للذّكر ثمانية، وللأنثى أربعة، ومن أراد الشّفاء من هذه المسائل فعليه «بالكتاب الكبير» والحمد لله

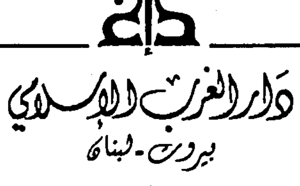
تمَّ بحمد اللّه ومنِّه الجزء السّادس
بالتجزئة السليمانية، ويليه الجزء
السابع وهو الأخير، وأوّله:
«كتاب القول في الدماء والقسمامة»

(١) م، ف: «لما بيد».



الفهرست الإجمالي لموضوعات الكتاب

تمّ الفهرست
والحمد لله



لصاحبها: الحبيب اللمسي
شارع الصوراتي (المعماري) – الحمراء ، بناية الأسود
تلفون: Tel: 009611-350331 / خليوي: Cellulair: 009613-638535
فاكس: Fax: 009611-742587 / ص.ب. 113-5787 بيروت ، لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P. 113-5787 Beyrouth, LIBAN

الرقم : 2007 / 3 / 2000 / 476

التنضيد : المؤلف

الطباعة : دار صادر – بيروت – لبنان

Al-Masālik fī Šarḥi Muwaṭṭa'i Mālik

Abū Bekr ibn al - ʿArabī al - Muʿāfirī
(543 / 1148)

Edited with an introduction
by
Aaicha Hocine Esslimani **Mohamed Hocine Esslimani**

Prefaced
by
Sheikh Yusuf Al-Qaradawi,
the head of the International Union for Muslim Scholars (IUMS)

Vol. 6



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI